



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 12-2018-0552-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: NEPTALINA MARTHA MAYA ARAQUE

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de junio de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandante, la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, presentaron alegaciones.



ANTECEDENTES

La señora Neptalina Maya Araque, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada en virtud de la afiliación a la AFP PORVENIR S.A; en consecuencia, solicita se ordene a Porvenir S.A y Colfondos S.A., disponer el traslado de régimen, junto con el pago de aportes, gastos de administración, el invento financieros a Colpensiones, y para que esta última, acepté a la afiliada en el régimen de prima media.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, con fecha 27 de septiembre de 1996 suscribió afiliación al rais por medio de Colfondos S.A., momento para el cual indica, que el asesor de la entidad le informó que con el traslado no perdía los beneficios pensionales del régimen de prima media, que desde la misma de traslado ha estado gestionando el regreso al régimen de prima media, que posteriormente hubo un traslado a Porvenir S.A., que nunca se le ha suministrado información consistente, veraz y objetiva, que nunca se realizó una simulación o comparación del valor de la mesada pensional entre uno y otro régimen; que el 27 de abril de 2018 solicitó ante Porvenir S.A. y Colfondos, el traslado de régimen, frente a lo cual se opusieron las entidades, que el fundamento de la petición radica en la inconveniencia sobre una pensión en el rais; y que el día 4 de abril de 2018, en igual sentido elevó la solicitud ante Colpensiones, siendo negada la misma, ese mismo día.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno de ellos. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración al derecho al pago de intereses ni indemnización moratorios y buena fe.

Por su parte, Porvenir S.A., contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 8, 9, 17, 28 a 30; negó los enlistados en los numerales 2, 18, 20 a 26, 31 a 36. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

Colfondos S.A., contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 2, 8, 37 a 45, y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó validez de la afiliación con Colfondos, inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A., buena fe y prescripción.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del régimen pensional del demandante a través de la AFP Colfondos S.A.; ORDENÓ a Porvenir S.A., a realizar el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media de los saldos, aportes y rendimiento, que hoy hayan en la cuenta de la afiliada; condenó a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de aportes y demás; absolvió de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, y se abstuvo de imponer condena en costas.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

En síntesis, manifestó que, que el traslado tuvo efectos desde 31 de enero de 2002 con Porvenir, quien aporta el formulario, que reporta un total de 166.86 semanas al 31 de enero de 1995, que permite la posibilidad de acceder a un bono pensional, y teniendo en cuenta que la demandante nació en 1960 ni por semanas ni por edad tiene derecho al régimen de transición; No obstante la jurisprudencia laboral ha determinado que este análisis puede hacerse independientemente que el afiliado sea o no beneficiario de dicho régimen, lo que hace posible que en este caso se analice la pretensión de nulidad o ineficacia del traslado; que la carga de la prueba le corresponde a las administradoras de pensiones, probar que suministraron la información correspondiente al afiliado, y qué acreditado la libertad informada puede darse paso a ese cambio de régimen; que en el presente caso no hubo causales de nulidad relativa, que no hay muestras de vicios en el consentimiento, que simple consentimiento en el formulario de afiliación no basta para acreditar que se brindó la suficiente información sobre las circunstancias del traslado del régimen, que no se hizo una ilustración documentada de cada uno de los



regímenes pensionales, el formulario que obra a Folio 119, la cláusula de ratificación fuera válida si se acreditara que la información fue clara suficiente y veraz, que en ese formulario la información brindada por Porvenir a la demandante es imprecisa e ineficiente, insuficiente.

APELACIÓN

AFP PORVENIR S.A.

“En síntesis, manifestó que, la inconformidad se dirigen contra el numeral primero, que declaró la ineficacia del traslado, numeral segundo mediante el cual se condena a Porvenir S.A., la devolución de aportes, y el numeral quinto que declara no probadas las excepciones formuladas; que la demandante se encuentra válidamente afiliada al rais, que por el tiempo de permanencia en la afiliación de la demandante a ese fondo privado, es por lo que está ratificó la intención de permanecer en dicho régimen; que no había obligación para los fondos de brindar información, solo de manera veraz y completa, que la demandante sí fue asesorada Porvenir SA, que ella debió ir a las instalaciones del fondo privado a asesorarse, que tuvo varias oportunidades para trasladarse y no lo hizo, que conforme el formulario que ella suscribió se prueba que sí recibió la asesoría de forma veraz, que para el momento del traslado de régimen y de cambio de AFP no había la obligación de documentar la asesoría por escrito y que la demandante de pensionarse bajo el RAIS.”

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado por la AFP Porvenir S.A., se tiene que lo pretendido por la señora Neptalina Martha Maya Araque, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la AFP Colfondos S.A., el 27 de septiembre de 1996, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folio 149 del plenario, así como respecto de los traslados posteriores efectuados dentro de dicho régimen, a Porvenir S.A.



En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que se alega por falta al deber de información escenario que se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**, por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la



protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Porvenir S.A., ninguna de ellas da cuenta respecto que la señora Martha Maya Araque, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** inicial al RAIS en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que tanto Colfondos S.A., como posteriormente la demandada Porvenir S.A, faltaron al deber de información, pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.



En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como, contrario a lo afirmado por el recurrente, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la demandante, por lo menos desde la fecha de traslado a dicha administradora.



Es así como en estos casos, en gracia de discusión, no es de resorte del demandante probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien se invocó la acción bajo la figura de la nulidad, lo cierto es que también alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió (Colfondos S.A.), razón por la cual, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Ahora, el hecho que un afiliado no sea beneficiario del régimen de transición o que no contaba al momento de su afiliación al RAIS con expectativa pensional legítima, ello no es óbice para que ésta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:



**Proceso Ordinario Laboral 12 – 2018 – 552 – 01 DTE: NEPTALINA MARTHA MAYA ARAQUE
DDO: COLPENSIONES Y OTROS**

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

De tal manera y contrario a lo afirmado por Porvenir S.A., el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente caso que dicho deber de información no se cumplió.

Ahora, debe advertirse que, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no necesariamente implica la descapitalización del RPM administrado por Colpensiones, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración como igualmente lo ha dejado sentado la alta corporación de cierre de esta jurisdicción entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.



Conforme lo anterior, y en alcance al Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, se dispondrá, adicionar el numeral SEGUNDO de la sentencia, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar el valor correspondiente a gastos de administración, con destino a Colpensiones, decisión que encuentra sustento en la sentencia de la Sala de Casación Laboral SL2329-2021 de 02 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera Diaz.

Por otro lado, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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



R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar el valor correspondiente a gastos de administración, con destino a Colpensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



**Proceso Ordinario Laboral 12 – 2018 – 552 – 01 DTE: NEPTALINA MARTHA MAYA ARAQUE
DDO: COLPENSIONES Y OTROS**

Mo-10-11

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado**

**En permiso
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 11-2018-562-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora MARÍA ALEJANDRA ALMANZA, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 18 de junio de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

La señora NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800562-01 Dte: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

anulación de la afiliación que realizara el 24 de julio de 1994 a través de Porvenir S.A., como quiera que no medió consentimiento informado respecto de las consecuencias favorables y nocivas que le podía acarrear dicho traslado, que se dé aplicación a su favor del principio de favorabilidad y se declare que cumple con los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para acceder a derecho pensional. (fl. 4 y 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 30 de diciembre de 1960, que se afilió inicialmente al RPM a través del entonces ISS, en el que cotizó desde el 10 de julio de 1982 al 11 de febrero de 1994, que empezó a laborar para Dismerca S.A. a partir del 1 de enero de 1996 y antes de iniciar dicha experiencia, fue abordada por un funcionario de la AFP Porvenir, quien le aseguró que el ISS estaba enfrentando serios problemas económicos, que en el RAIS, podía pensionarse a la edad que quisiera y sino lograba pensionarse, le devolvían los dineros depositados en su CAI y de acceder a derecho pensional, su mesada sería de mayor valor a la que recibiera en el RPM; afirmaciones con fundamento en las cuales tomó la decisión de trasladarse al RAIS, suscribiendo el formulario expedido por dicha administradora quedando vinculada a dicho régimen a partir del 29 de julio de 1994.

Señala que la demandada Porvenir faltó a su deber de información objetiva al no indicarle las ventajas y desventajas que le podía acarrear dicho traslado de régimen pensional, cuando no era su deseo trasladarse del entonces ISS y menos aún cuando se percató de los perjuicios que le acarrearaba dicho traslado, pues en el RPM la mesada pensional a la que tendría derecho sería superior a la del RAIS, cuestión que debió haber sido advertida por parte de Porvenir al momento de traslado.

Indica por último que el 9 de marzo de 2018, reclamó ante Colpensiones solicitud de anulación de traslado al RAIS, entidad que negó su petición, de igual forma elevó solicitud en el mismo sentido a Porvenir, entidad que no



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800562-01 Dte: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ Dña.: COLPENSIONES Y OTROS

accedió a ella aduciendo que la firma del formulario de afiliación se había dado de manera libre y voluntaria. (fl. 3 a 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 15 y 16 referentes a la fecha de nacimiento de la actora y la fecha de afiliación al ISS, así como la solicitud de anulación traslado elevada antes esta entidad; manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia de condena en costas a entidades del SGSS. (fl. 88).

Por su parte, PORVENIR S.A., de igual forma se opuso a las pretensiones de demanda, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1, 17 y 18 y manifestó no constarle los No. 2 a 4, 15 y 16 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe y enriquecimiento sin causa. (fl. 126)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS el 29 de julio de 1994, declarando que para todos los efectos legales, nunca se había trasladado a dicho régimen; condenó a Porvenir S.A., a trasladar a órdenes de Colpensiones la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos, ordenando a Colpensiones admitir dicho traslado y a reconocer y pagar pensión de vejez a favor de la demandante, con fundamento en lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, una vez esta acreditara el retiro del sistema pensional, liquidando la primera mesada con apego al artículo 34 de la Ley en comento, y con el IBL más favorable, autorizándola a descontar del retroactivo pensional generado,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800562-01 Dte: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

los aportes al sistema de seguridad social en salud, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir S.A.. (fl. 171)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

A fin de resolver la controversia que nos ocupa, es necesario indicar que a partir de la Ley 100 de 1993, se crearon dos sistemas o dos regímenes pensionales, el primero de ellos administrado para su época por el ISS, actualmente Colpensiones, y el segundo, el conocido como el RAIS administrado por administradoras de fondos de pensiones privadas, así mismo dispone la norma en cita en su literal B del artículo 13 que el derecho que le asiste a los trabajadores y demás afiliados a escoger libremente entre uno y otro régimen, quienes para tal efecto deberán manifestar su elección al momento de la vinculación o del traslado, tal como lo apariencia la aquí demandante lo señala, de conformidad con lo manifestado en el libelo demandatorio y la contestación de la demanda, en donde no se negó la vinculación efectuada. Por su parte, el despacho no puede perder de vista la profunda relevancia que reviste este derecho, la libre elección de regímenes pensionales como fundamental del sistema de seguridad social integran en sí mismo, al punto que el artículo 171 de la ley 100 de 1993, estableció que si cualquier persona natural o jurídica atenta contra esta libertad del trabajador a su afiliación, esta afiliación quedará sin efecto y podrá afiliarse o realizar esta afiliación de manera libre y espontánea en cualquier momento por este trabajador. Así mismo, no puede pasar de vista en este despacho el precedente judicial emanado por el órgano de cierre de esta jurisdicción, la Sala de Casación Laboral de la corte suprema de justicia, en sentencias con radicado 31989 de 2008, 33083 del 2011, SL4964 de 2018, SL1452 de 2019, así mismo las sentencias de tutela de marzo de la presente anualidad, en donde se ha estudiado tutelas en contra de providencias emitidas por la sala de decisión laboral del tribunal superior de distrito judicial de Bogotá, que han negado las pretensiones en caso bajo el cual nos ocupa el día de hoy, donde ha sostenido a su vez de forma correlativa las sentencias de los procesos ordinarios al ejercicio al derecho de la libre elección de regímenes pensionales y el deber por parte de las administradoras del RAIS del buen consejo, entendido el buen consejo como suministrar la suficiente información al potencial afiliado en aras de darle a conocer los beneficios e inconvenientes que comporta el traslado de régimen pensional.

frente a este particular aspecto y hace especial énfasis porque no es secreto que el doctor cárdenas forero, en un trámite previamente a la declaratoria de la emergencia sanitaria, la suspensión de términos, este despacho negó bajo otro criterio unas pretensiones de igual estirpe, es así que se mantenía otro criterio el cual determinaba la prosperidad de cada uno de los casos, identificándose la presunta falta de información o no al trasladarse de régimen pensional, producía o no un efecto cierto y adverso al afiliado, como lo es el perder el régimen de transición pensional, o si bien es cierto se trataba de un afiliado que una vez no pueda trasladarse por el vencimiento del término temporal para llevar a cabo dicho traslado, lo que buscaba era un beneficio por estar inconforme con el quantum pensional, lo cual no es un secreto que al tratarse el RPM de un régimen subsidiado, el monto de la pensión es mucho mayor que el del RAIS que depende exclusivamente del capital que ahorre el afiliado. Lo anterior, teniendo en cuenta el deber constitucional encomendado a los Jueces de la República con los administradores de justicia, el cual trasciende de aplicar de forma directa y mecánica, como si fuéramos unos notarios, sin ocultar el contexto y los aspectos que adicionaron los parámetros dispuestos por la corte suprema de justicia, por la declaratoria de ineficacia del traslado entre un régimen y otro, mas aun cuando las resultas de estas decisiones van a impactar y están impactando de manera directa la sostenibilidad financiera al sistema de seguridad social integral ante un regreso masivo de afiliados del régimen de ahorro individual al régimen de prima media.

No obstante lo anterior y los argumentos esbozados y a pesar del trabajo de hermenéutica jurídica y argumentativa suficiente, informada que el suscrito ha desarrollado para resolver estos conflictos, este operador judicial no está llamado a asumir una posición tozuda para pretermitir la autonomía judicial, pretermitiendo con ello entonces en las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800562-01 Dte: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ Dña.: COLPENSIONES Y OTROS

últimas limitaciones o culminaciones de la sala de decisión laboral de la corte suprema de justicia, que nos ha hecho a los jueces de la republica para aplicar el precedente judicial en litigios como el que hoy nos ocupa, máxime cuando ha dejado sentado que no constituye un aspecto relevante para el éxito de los pedimentos y si produce o no a título de perjuicios la pérdida del régimen de transición pensional del afiliado, sino por el contrario, que debe analizarse desde la orbita respectiva si conforme a la carga de la prueba la cual se invierte, las administradoras del RAIS demuestran en juicio que suministraron la información completa, comprensible, veraz frente a las características, beneficios o desventajas que le reportaba al potencial afiliado el traslado de régimen pensional. Por estas sencillas razones, aquí ahora se hace necesario acotar que en función de la autonomía propia de la función judicial consagrada en el artículo 228 de nuestra carta magna. Así las cosas y como se indicó, aclarado lo anterior y conforme a los presupuestos que se han esbozado en esta providencia, tenemos entonces que el fondo accionado porvenir en consideración de la carga de la prueba y de conformidad con el artículo 167 del CGP, aplicable por analogía a esta especialidad, tan solo significó allegar el formulario de afiliación de la actora suscrito en el año de 1997, así mismo, de las preguntas realizadas a la demandante no se pudo constatar que se le hubiera brindado la información suficiente, siendo lo demás nugatorio el material probatorio tendiente a demostrar el deber de información, por el contrario, en esta diligencia la demandante afirmó que no se le brindó en ningún momento la suficiente información, así mismo también es de recalcar que la demandada ni siquiera allegó el formulario de afiliación suscrito en el año de 1994, con la entonces AFP Colpatria, señalando en las alegaciones finales que Porvenir había absorbido a Colpatria y no había tenido acceso o poder llevar a cabo dicha carga procesal. De la misma manera es de advertir que resulta insuficiente para los propósitos la denominada campaña masiva para el traslado de afiliados del RAIS al RPM, que acreditan con las publicaciones en prensa vista a folio 143 y 144, probanzas estas que bajo ninguna circunstancia tienen la entidad de desplazar el deber de información y buen consejo al momento de elegir entre uno y otro régimen a los potenciales afiliados. Ello por cuanto además de ocurrir casi 7 años después de la afiliación al régimen de ahorro individual de la aquí actora, tal campaña obedeció a las modificaciones implementadas o que introdujo la ley 797 de 2003, en concordancia con el decreto 2008 de esa misma anualidad.

Así las cosas, para este despacho judicial es claro que el fondo accionado no demostró el contenido y alcance de la información suministrada a la actora al momento de efectuar su traslado de un régimen a otro, con lo cual incumplió la carga probatoria que le incumbía, no siendo alternativa distinta entonces a este despacho judicial salvo que declarar la ineficacia de la afiliación de la aquí demandante Nohemy Salinas Rodríguez a la administradora de fondos y cesantías Porvenir, suscrita el 29 de julio de 1994, dando a entenderse que para todos los efectos legales la aquí demandante nunca se trasladó al RAIS, debe hacerse énfasis en la fecha que acaba de señalar, ya que en otro apartado se había indicado una del año 1997. Por tanto, siempre permaneció en el RPM, como consecuencia lógica de lo anterior se ordenará a la AFP Porvenir, trasladar a Colpensiones, todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales que se hubieran solicitado, sumas adicionales con intereses que se hubieren ocasionado, gastos de administración, todo lo anterior en los términos del artículo 1746 del código civil, en un término no superior a 90 días calendario contados a partir de la celebración de esta audiencia, y a su vez ordenar correlativamente a Colpensiones, admitir el traslado con sus aportes, tal y como quedará expuesto en la parte resolutive del presente proveído, resalto lo anterior ante la prosperidad de estas pretensiones, es necesario el estudio de los demás pedimentos restantes que dan cuenta el derecho pensional.

Es así, que solicita la demandante le sea reconocida una prestación económica por el riesgo de vejez por parte de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en la ley 100 de 1993, es así, que para resolver dicha situación nos debemos remitir a la premisa normativa el cual no es otro que el artículo 9 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la ley 100 de 1993, el cual nos señala como requisitos haber cumplido 55 años de edad, si es mujer, a partir del 1 de enero estas edades se incrementaron en 50 y 62 años respectivamente. En cuanto al otro requisito que debe concurrir, haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, a partir del año 2015 será de 1300 semanas. En tal sentido,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800562-01 Dte: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

habiendo puesto de presente el precedente normativo aplicable para dilucidar tal derecho, debemos tener en cuenta que para el 1 de enero de 2014, la aquí demandante no contaba con 55 años de edad, la norma es clara que la edad mínima que resulta aplicable para llegar al reconocimiento pensional es de 57 años, requisito este que tan solo cumplió a partir del 30 de diciembre de 2017, como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía vista a folio 27, es en esta calenda y no en otra en la que se debe fijar la fecha de causación del derecho pensional pretendido, máxime cuando para esta fecha contaba con una densidad de cotizaciones igual a 1695.86 semanas, no obstante lo anterior y comoquiera que del interrogatorio de parte y en el trámite procesal se pudo acreditar con plena certeza del sistema pensional y que para esta fecha sigue laborando, el disfrute de la pensión de vejez procederá una vez la actora acredite el retiro del sistema, obviamente cuando Porvenir traslade todos los dineros que obran en la cuenta de ahorro individual de ella, seguidamente, en cuanto al monto de la primera mesada pensional es de precisar que al superar las 1250 semanas de cotización, el IBL se deberá calcular sobre los 10 últimos años de vida laboral anteriores a la fecha de causación de la prestación o el de toda la vida laboral si le fuere más favorable, debidamente indexado, tal y como lo dispone el artículo 21 de la ley 100 de 1993, al cual se le deberá aplicar la tasa de reemplazo que arroje la aplicación de la concebida fórmula, dispuesto en el artículo 34 de la ley 100 de 1993. En tal sentido, una vez la aquí demandante acredite el retiro del sistema deberá Colpensiones proceder a reconocer y liquidar la pensión, en los estrictos términos ya esgrimidos, incluyendo hasta la última cotización válidamente cotizada, prestaciones económicas que habrá que reconocerse en cuanto 13 mesadas pensionales, lo anterior al causarse con posterioridad al 30 de julio de 2011, y de conformidad con lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005, no sin antes autorizar a Colpensiones a descontar el retroactivo pensional, los aportes al sistema general de seguridad social en salud, tal y como quedará expuesto en la parte motiva de esta sentencia. Con las resultas mismas del proceso se declarará no probado los hechos sustento de las excepciones planteadas por la pasiva, particularmente la de la prescripción, la cual está sometida a las acciones judiciales para este tipo de reclamaciones o el termino trienal dispuesto en los artículos 488 de nuestra norma sustancial del trabajo y 151 del CPTSS, no obstante lo anterior no se concibe que siendo la prestación pensional que se ventila aquí inminentemente imprescriptible, las acciones que se dirijan a ordenar la satisfacción del mismo producto de la omisión por el dolo de los particulares al no brindar una asesoría completa y eficaz, caduquen o les aplique este término trienal. Costas a cargo de la demandada AFP Porvenir.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, señaló:

El juzgador indica que se presente el fenómeno de la ineficacia en razón a una falta de información por parte de mi representada, sin embargo, no procede la ineficacia del traslado a que se refiere el artículo 271 de la ley 100 de 1993, por cuanto de manera expresa esta norma prevé que su declaratoria se da cuando existen actos que impiden y atentan en contra de la afiliación del trabajador, es decir, sin duda, cuando se realizan actos con dolo para impedir o atentar en contra de la libertad del afiliado o traslado, lo que supone la intención de causar daño y en este caso ni se alegó ni se acreditó el dolo de mi representada, y por el contrario lo que se exhibe con claridad es que la demandante firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Y la materialización de que la información se le dio y porque hay 3 formularios de afiliación y todos firmados por ellos, ninguno tachado de falso, fue que la información se dio y no puede ser que cuando en 3 oportunidades se le da la información o mas bien tiene contacto con el representante de Porvenir, en principio con Colpatria, entonces diga que no se le suministró información. Y además que ella dijo que fue de manera personalizada. Si hablamos de nulidad, debemos remitirnos al artículo 1741 del código civil, y al artículo 899 del código de comercio, referente a la nulidad absoluta o relativa, por lo cual le pido al honorable tribunal sea estudiado bajo estos parámetros.

Ahora, la demandante no adujo ni mucho menos acreditó que fuera incapaz al momento de suscribir el formulario de afiliación, ni demostró que se le causó con esto, que la causa y el objeto jurídico que hubiere celebrado hubiera sido ilícitos, ni tampoco se presentaron



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800562-01 Dte: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

circunstancias indicadas en los artículos 1511 y 1512 del Código Civil, y por el contrario mi representada siempre ha obrado de buena fe y ha cumplido con las disposiciones legales, se insiste en esta oportunidad nuevamente que no puede la demandante trasladar su actitud negligente, como quedó demostrado, porque no se interesó durante más de aproximadamente 26 años sobre su futuro pensional, ni ejerció su derecho al retracto, aun cuando todas las AFP, no solamente porvenir publicaron que podían retornar al RPM. Aparte, tampoco se acogió porque allí lo decía en esa publicación, lo dispuesto en la ley 797 de 2003, pese a que además no solamente consulta el diario el tiempo, supongo, o todos los medios de comunicación, sino que además en la ley 797 lo decía y tiene el deber constitucional de conocer la ley. Y ahora aducir un engaño o una falta de información por parte de mi representada como se evidencia, pues no solo suscribió el formulario de afiliación, insisto, sino que el mismo no fue tachado de falso, ha permitido que porvenir le descuente mes a mes las sumas correspondientes al aporte pensional confirmando así su voluntad inequívoca de permanecer en el régimen rais. Ahora, siempre se ha señalado que en precedente y esta no es la excepción, frente a sentencias de la Corte Suprema de Justicia, y por mencionar alguna de ellas la 31989, en ponencia del doctor Eduardo López Villegas en donde allí este proceso el actor en este caso está amparado por el régimen de transición, artículo 36 de la ley 100 de 1993, y si yo menciono de ahí para abajo todo el precedente, todos están amparados bajo el régimen de transición. En la última sentencia, la SL11452 de 2019, en ponencia de la doctora clara Cecilia dueñas, este caso también fue estudiado con alguien que estaba amparado bajo el régimen de transición, pero en buena hora aclaro voto el magistrado Rigoberto Echeverry, quien precisamente dijo que la ineficacia del traslado no puede entenderse respecto de todos los casos, de manera automática, ya que depende del tipo de falencia o de inexistencia de información que se hubiere producido ahí un perjuicio claro y cierto, y claramente a esas personas se les producía un perjuicio claro y cierto porque tenía el régimen de transición, en este caso no.

Ante tales supuestos, el insiste que la afiliación debe someterse a las condiciones del sistema que el afiliado optó y puede verse beneficiado o perjudicado en función del mismo de factores como la fluctuación del mercado de trabajo, la evolución de su salario y otros variables que pueden acarrear mayores o menores réditos, respecto de las prestaciones que se hubieren podido conseguir en ese régimen. Y finalmente agregó algo muy importante y es que los afiliados no deberían estar autorizados para demandar ineficacias del traslado simplemente porque por el pasar de tiempo y como en este caso su plan de pensión no resultó acorde con sus aspiraciones, situación que ocurre en este caso, ahora si quiera trasladarse. Y finalmente su señoría, respecto de la condena de los gastos de administración, debe recordarse que la Superintendencia Financiera de Colombia, ha indicado taxativamente que en el evento de procederse la ineficacia o la nulidad del traslado, las únicas sumas que deben retornarse son los aportes y rendimientos de las cuentas individuales del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional, en consideración con la compañía aseguradora, en razón de lo anterior solo se puede trasladar lo dispuesto en el artículo 113, literal b de la ley 100 de 1993, que no señala los gastos de administración, así mismo, si bien se debe garantizar la sostenibilidad del sistema, esto no es garantizar la sostenibilidad propiamente de Colpensiones, pues de entenderse de esa manera se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, generándoles beneficios respecto de periodos que no fueron administrados por ellos y si por mi representada.

Por su parte **Colpensiones** señaló:

En la actualidad, las decisiones que están tomando los despachos judiciales acerca de la nulidad o ineficacia de la afiliación, quebranta el principio de la sostenibilidad financiera consagrada en el artículo 48 de la constitución política de Colombia, modificado por el acto legislativo 01 de 2005, que genera una situación caótica que resquebraja la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema ayudando al sostenimiento del mismo y desdibujándose totalmente el régimen de prima media al declarar la nulidad. La estabilidad financiera se garantiza en la medida en que el sistema general de pensiones recibe y mantiene a través de medios jurídicos y financieros los fondos económicos adecuados que le permitan pagar mes a mes una mayor



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800562-01 Dte: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

cantidad de pensionados y obtener un ahorro para precaver la satisfacción de las pensiones futuras, bajo la permanente orientación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general. Por los anteriores argumentos, honorables magistrados, se tiene que no se debe declarar la nulidad o ineficacia del traslado, pues en ultimas será el patrimonio público el cual entrará a pagar las pensiones que llegare a percibir la parte demandante, ya que dado que su ahorro se hizo de manera individual y no ayuda a financiar las pensiones de las demás afiliados pensionados al régimen de prima media con prestación definida, y su ahorro también será insuficiente para financiar su propia pensión en el régimen de prima media con prestación definida, en el eventual caso que se declare la nulidad, ruego a los honorables magistrados considerar la realización del calculo actuarial a cargo bien sea del fondo responsable del vicio o del demandante, para soslayar la descapitalización del sistema, teniendo en cuenta que como lo menciona la sentencia su 062 de 2010, para que una persona pueda acceder al traslado debe cumplir el requisito de las 750 semanas y adicionalmente tendría que pagar un cálculo de rentabilidad, y en estos casos no se puede desconocer esta consideración. Por estas consideraciones les solicito a los honorables magistrados que integran la sala, bien sea revocar la decisión proferida en esta instancia o estudiar la posibilidad de la realización del cálculo actuarial a cargo bien sea del fondo responsable del vicio o del demandante.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la entonces Colpatria S.A., el 29 de julio de 1994, como se verifica de registro de consulta SIAFP visible a folio 136 del plenario, quedando determinado igualmente que dicha administradora fue absorbida por la hoy Porvenir S.A., AFP que allegó copia de formulario de afiliación suscrito por la demandante ante esta el 10 de diciembre de 1997 y que reposa a folio 135 del plenario.

En este orden, sea lo primero señalar que como cuando en este caso se alega la falta al deber de información, lo petitionado se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800562-01 Dte: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones en sus alegaciones ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Nohemy Salinas, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1994, del que ni siquiera se allegó



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800562-01 Dte: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

formulario de afiliación, que conforme la absorción por parte de Porvenir S.A., de la entonces AFP Colpatria, debería tener los datos y documentos referentes a dicho traslado; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada hoy Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800562-01 Dte: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Conforme a lo señalado en precedencia y contrario a lo manifestado por la recurrente Porvenir S.A., también en sus alegaciones, el formulario suscrito por la demandante ante esta AFP y que obra a folio 135 del plenario, no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales de la actora, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares, de igual forma, los comunicados de prensa, tampoco suplen tal deber, ya que son comunicaciones emitidas de **carácter general** a toda la población y por ello no contienen información relevante respecto de las condiciones pensionales particulares de cada uno de los afiliados al sistema; aunado a que dicho deber de información, para predicarse oportuno, se debe suministrar en el **acto del traslado**.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por las recurrentes, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que como se señaló alegó la omisión en el deber de información por parte de las administradoras a las cuales se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que señaló:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Por lo señalado en precedencia, no es viable aplicar en estos casos la figura de la nulidad ni los efectos de la misma, como lo indica la recurrente Porvenir S.A., ya que el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sido enfática en indicar que lo procedente cuando no se verifica como en este caso el suministro de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800562-01 Dte: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

información pertinente al afiliado en el acto de traslado, es la ineficacia, resaltando igualmente los efectos de la misma, que son distintos a los de la nulidad.

Ahora, en cuanto al argumento de la recurrente Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración como igualmente lo ha dejado sentado la alta corporación de cierre de esta jurisdicción entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, razón por la cual, una vez se efectúe el traslado de aportes en mención, empezarán a hacer parte del fondo común propio del RPM; no siendo procedente aplicar para estos casos los presupuestos contenidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que dicho pronunciamiento se predica únicamente de los afiliados que peticionan retornar al RPM, para **recuperar el régimen de transición**, caso que no es el de la aquí demandante, pues ni siquiera alegó pertenecer a dicho régimen.

Por lo anterior, tampoco sale adelante el argumento de Porvenir S.A., en su recurso como en alegaciones, según el cual no se debe efectuar el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración, como quiera que tal asunto ha sido objeto de pronunciamiento en las sentencias antes señaladas, en la que se reitera que dichos gastos sí deben ser objeto de traslado, ya que el traslado de régimen pensional que efectuara la demandante al RAIS, se reputa **inexistente**.

Ahora, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no era beneficiaria del régimen de transición o no contaba con expectativa



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800562-01 Dte: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica la recurrente Porvenir S.A., para que esta acuda al a jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

De tal manera y contrario a lo afirmado por esta demandada, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS, estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente que dicho deber de información no se cumplió y su permanencia en el RAIS, no convalida el traslado que efectuara a este sin el suministro de la información requerida a este efecto, ya que como bien lo señaló el juzgador de primer grado, las acciones judiciales de esta índole, son de naturaleza **imprescriptible**.

Igualmente y contrario a lo afirmado por la Colpensiones en sus alegaciones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la señora Nohora



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800562-01 Dte: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Duque, desde la fecha de su afiliación a dicha administradora en el año de 1994.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

PENSIÓN DE VEJEZ

Es así como resultando acertada la decisión en cuanto a la ineficacia del traslado, procede referirse en grado de **consulta** a favor de la demandada Colpensiones en cuanto a la pretensión de pensión de vejez; al respecto resulta pertinente señalar que no es dable condenar a esta administradora a efectuar reconocer pensión a favor de la aquí demandante como quiera que únicamente lo puede hacer una vez sean trasladados por parte de Porvenir los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos como consecuencia de la ineficacia que se confirmará en esta oportunidad, razón por la cual el reconocimiento pensional en este momento se torna improcedente para Colpensiones y deberá ser efectuado una vez cuente con los dineros objeto de traslado a dicho fondo, razón por la cual, se **revocará** el numeral QUINTO de sentencia recurrida para en su lugar, ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800562-01 Dte: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida, en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **QUINTO** de sentencia recurrida para en su lugar, ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800562-01 Dte: NOHEMY SALINAS RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

M o - 1 9 - 1

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**En permiso
LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**



**Proceso Ordinario Laboral 11 – 2015 – 0515 – 01 DTE: ADRIANA MEJIA RAMIREZ DDO:
LABORATORIO INTERNACIONAL DE COLOMBIA – LABINCO S.A.S Y OTROS**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 11-2015-0515-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ADRIANA MEJIA RAMIREZ

DEMANDADOS: LABORATORIO INTERNACIONAL DE
COLOMBIA – LABINCO S.A.S., OCUPAR TEMPORALES S.A. Y
RECURSOS HUMANOS EXCLUSIVOS S.A.,

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021),
previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados
en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada
LABINCO S.A.S, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 11
Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 11 de marzo de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes no
presentaron alegaciones.



ANTECEDENTES

La señora Adriana Mejía Ramírez por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo entre el 5 de junio de 2008 y el 20 de marzo del año 2015; que inicialmente le prestó los servicios a la demandada en calidad de trabajadora en misión enviada por la empresa OCUPAR TEMPORALES S.A., y luego por la sociedad RECURSOS HUMANOS EXCLUSIVOS S.A. en Liquidación, y por último, como trabajadora asociada de ALIANZA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, pero que, de todas maneras, en la realidad el vínculo laboral lo fue directamente con LABINCO S.A.S.; que fue despedida sin justa causa, frente a lo cual indica que le fue pagado por concepto de indemnización la suma de \$8.268.373 quedando un saldo insoluto de \$3.128.693. Que, si bien las empresas de servicios temporales y la CTA le cancelaron el concepto de cesantías, considera que son pagos prohibidos por el artículo 254 del CST, para lo cual solicita se aplique “la pérdida de esos pagos”, solicita se condene a la demandada al pago de las indemnizaciones moratorias del artículo 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, prestaciones sociales – no indica cuales conceptos -, y aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, Salud y Riesgos Laborales.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, fue enviada por OCUPAR TEMPORALES S.A., en apariencia a prestar sus servicios como jefe de compras a favor de la demandada LABINCO S.A.S., a partir del 5 de junio de 2008, labor que se extendió hasta el 7 de enero de 2009, percibiendo como



**Proceso Ordinario Laboral 11 – 2015 – 0515 – 01 DTE: ADRIANA MEJIA RAMIREZ DDO:
LABORATORIO INTERNACIONAL DE COLOMBIA – LABINCO S.A.S Y OTROS**

salario la suma de \$2.000.000 mensuales, y que a partir del 8 de enero de 2009 continuó desempeñando el mismo cargo, pero como enviada por la sociedad RECURSOS HUMANOS EXCLUSIVOS S.A., relación que subsistió hasta el 31 de mayo de 2009 percibiendo el salario de \$2.128.392.

Que, a partir del 1 de junio de 2009 continuó ejerciendo sus labores al servicio de LABINCO S.A.S., como enviada, “aparentemente”, por la CTA ALIANZA, como trabajadora asociada, situación que subsistió hasta el 31 de agosto de 2011 percibiendo como salario la suma de \$2.293.000, y que, a partir del 1 de septiembre de 2011 estuvo vinculada con el laboratorio hasta que finalizó la relación laboral el 20 de marzo de 2015, frente a lo cual refiere, que fue desvinculada sin justa causa por decisión unilateral del empleador, oportunidad en la que éste le canceló la suma de \$8.268.373 como indemnización correspondiente; que, el periodo tenido en cuenta para la liquidación del valor reconocido fue desde el 1 de septiembre de 2011 al 20 de marzo de 2015, considerando que debió tasarse desde el 5 de junio de 2008.

Que, entre los años laborados del 2008 a 2011 se causaron diferentes valores de cesantías, suma que estima en \$7.087.000, sin embargo, curiosamente señala que ninguna de las sociedades realizó la consignación al fondo de cesantías correspondiente, sino que esos pagos se hicieron de manera directa a la trabajadora, al tiempo que indica que, a la terminación del contrato la demandada no le pagó las cesantías.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



La demandada LABINCO S.A.S. contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados 12 a 14; no constarle los numerales 2 al 4, 6, 7, 10, 15 y 16, y negó los demás. Como excepciones formuló de mérito las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa y obligación, buena fe, prescripción, pago y compensación.

Por su parte OCUPAR TEMPORALES S.A. contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 2, manifestó no constarle del 5 al 14 y negó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó carencia de derecho, carencia de acción, carencia de causa; inexistencia de la obligación y existencia de buena fe.

La vinculada RECURSOS HUMANOS EXCLUSIVOS S.A., estuvo representada por CURADOR AD LITEM, quien contestó la demanda solicitando que los hechos de la demanda sean probados sin oponerse a los mismos; en cuanto los hechos, manifestó no constarle ninguno. Como excepciones de mérito formuló la que denominó la carga de la prueba.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y el demandado LABORATORIO INTERNACIONAL DE COLOMBIA – LABINCO S.A.S., desde el 05 de junio de 2008 al 20 de marzo de 2015, teniendo como cargo desempeñado el de Jefe de Compras y como último salario promedio mensual \$3.058.165.



CONDENÓ a LABINCO S.A.S., a pagar a favor de la demandante la suma de \$6.597.706,86 por concepto de re liquidación de la indemnización por despido sin justa causa, debiendo ser indexada al momento de su pago.

ABSOLVIÓ a LABINCO S.A.S., OCUPAR TEMPORALES S.A.S. y a RECURSOS HUMANOS EXCLUSIVOS S.A., de las demás pretensiones en su contra.

DECLARÓ probadas las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa y obligación y no probados los demás. Condenó a la demandada al pago de costas en la suma de \$400.000.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“El problema jurídico se centra en determinar si entre la demandante y la dda Labinco SAS existió una única relación de trabajo vigente entre el 5 de junio de 2008 al 20 de marzo de 2015, una vez resuelto lo anterior el despacho resolverá sobre la solicitud de cesantías, indemnizaciones y sanciones deprecadas, advirtiendo que las pretensiones saldrán abantes parcialmente. Sobre la existencia de la relación laboral, la dda niega lo pretendido sobre un único contrato al indicar que entre 05 de 2008 y el 31 de agosto de 2011 no sostuvo ningún vínculo contractual de carácter laboral con la dte, que para solucionar el caso se tendrán en cuenta dos situaciones, primero, la regulación propia de las empresas de servicios temporales, y de otra la prestación de los servicios de la actora con la CTA; en cuanto a lo primero, los artículos 22 y 24 del CST, y destacando la sentencia del 24 de abril de 2012 radicado 41890 y el artículo 53 de la CP, que en lo que interesa a la prestación del servicio, la dte afirma que prestó sus servicios para la dda y que a folios 23, 24 y 28 obran certificaciones expedidas por las otras entidades convocadas como demandadas, liquidaciones a folios 25 y 30 del expediente, el testimonio de Diana Hernández, interrogatorios de las partes; que la testigo manifestó que conoció a la dte cuando se desempeñaba en el área de gestión humana de Labinco y que sabe que la dte se vinculó a partir del año 2008 como jefe de compras y que desempeñó hasta el 2015 sin solución de continuidad y a través de la empresa de servicios temporales recursos humanos s.a., y la cta alianza para finalmente ser vinculada directamente con Labinco, que le consta porque la testigo hacia todo el proceso de selección, lo que fue corroborado por el representante legal de la accionada quien indicó que la actora estuvo vinculada desde el año 2008 a través de las empresas de servicios temporales ocupar temporales y recursos humanos exclusivos y la cta alianza, siendo enfático al afirmar que tan solo a partir del año 2011 la demandada fue vinculada directamente por Labinco en el cargo de jefe de compras, de ahí que con las certificaciones laborales y declaraciones recaudadas resulte jurídicamente



**Proceso Ordinario Laboral 11 – 2015 – 0515 – 01 DTE: ADRIANA MEJIA RAMIREZ DDO:
LABORATORIO INTERNACIONAL DE COLOMBIA – LABINCO S.A.S Y OTROS**

procedente que la actora acreditó la prestación de los servicios personales a favor de la accionada Labinco sin solución de continuidad desde el 5 de junio de 2008 y el 20 de marzo de 2015 siendo del caso precisar que si bien es cierto la liquidación definitiva de prestaciones sociales arrimada por ocupar temporales a folio 105 pone de presente como fecha de finalización del vínculo contractual el 21 de diciembre de 2008, que la testigo Diana Hernández desvirtuó el contenido de ese documento al constarle que la prestación de los servicios de la dte lo fue en forma continua y sin interrupciones al estar encargada del proceso de selección de recursos humanos para la época de los hechos, lo que se corrobora con la orden de compra de servicio temporal para trabajadores en misión folio 110 donde la testigo suscribió la comunicación; acreditada la prestación personal del servicio por la dte opera la presunción legal del artículo 24 del CST lo que traslada la carga de la prueba a la sociedad demandada labinco, a fin que desvirtuara los elementos propios de un contrato de trabajo que en este escenario y conforme lo antes expuesto, conforme al principio de la carga de la prueba del artículo 167 del Código General del Proceso, acreditar el cumplimiento de las formalidades legales, en dos escenarios puntuales, el primero, que la vinculación de la demandante, obedeció a 1 de los escenarios consagrados en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y el decreto 1072 del año 2015, para las empresas de servicios temporales que, recuerda el despacho, se suscriben a los siguientes que cuando se trate de labores accidentales o transitorias, o las que se refiere al artículo sexto del Código sustantivo del trabajo, segundo elemento a tener en cuenta, cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones en uso de licencia, incapacidad por enfermedad maternidad, y un tercer escenario para atender incrementos en la producción, transporte o venta de productos, etc., por un término no superior a 6 meses, prorrogables hasta por 6 meses más, y segundo, la demostración de la libertad, y autonomía del trabajador, respecto del período en que prestó sus servicios, a través de la cooperativa de trabajo asociado alianza, Debiendo demostrar la autonomía del trabajador cooperado. Para realizar actividades físicas o materiales, intelectuales o científicas con el fin de producir bienes o prestar servicios en beneficio de la comunidad como trabajador cooperado, tal como lo dispone la Ley 79 de 1988, decreto 4588 de 2006, la Ley 1233 de 2008, ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011, entre otros, Ninguna de las accionadas a llegó al proceso prueba alguna que den cuenta de la estructuración de alguno de los escenarios, que la ley permite para acudir a la contratación de trabajadores en misión a través de una empresa de servicios temporales, tampoco se constató o acreditó la calidad de trabajadora cooperada de la demandante que las demandas se limitaron a llegar a folios 82 a 89, 103 a 151, contrato de trabajo a término indefinido entre labinco y la demandante para ejercer el cargo de jefe de compras, liquidaciones del contrato de trabajo, carta de terminación del contrato, contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada por parte de ocupar temporales SA., oferta Mercantil remitida, por ocupar temporales SA a labinco SAS, comprobantes de egreso, afiliación y planillas de pago el sistema de seguridad que bien puede concluirse que tales documentales, por sí solas no dan cuenta, que la promotora de la acción cuando prestó sus servicios personales a través de las empresas de servicios temporales y a favor de labinco desarrolló labores ocasionales, accidentales o transitorios, reemplazó personal en vacaciones, en uso de licencia, incapacidad por enfermedad, o para atender un incremento en la producción, que no hay prueba, que durante el tiempo que estuvo afiliada a la cooperativa de trabajo asociado alianza era ésta la que le impartiera órdenes, el despacho no puede pasar por alto las funciones ejercidas por la demandante como jefe de compras, las cuales se mantuvieron durante toda la vigencia de la relación laboral, lo que se traduce en una permanencia en las funciones, instrumentalizándose así las empresas de servicios temporales para cubrir



**Proceso Ordinario Laboral 11 – 2015 – 0515 – 01 DTE: ADRIANA MEJIA RAMIREZ DDO:
LABORATORIO INTERNACIONAL DE COLOMBIA – LABINCO S.A.S Y OTROS**

necesidades de carácter permanente de la usuaria, o sustituir el personal de planta, la transitoriedad del servicio, que por todo lo anterior, y ante la falta de acervo probatorio que dé cuenta de lo contrario. se concluye que en efecto existió una verdadera relación de trabajo entre la demandante y labinco SA desde el 5 de junio del 2008 y hasta el 20 de marzo del año 2015, desempeñando el cargo de jefe de compras y devengando como último salario la suma de \$3.058.165, conforme se indicó en la liquidación de prestaciones sociales, visibles a folios 87 y 88 del plenario; dicho lo anterior el despacho entrará auscultar las demás pretensiones de la demanda que comprende el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, indemnización por moratoria por no pago de prestaciones sociales y la reliquidación de la indemnización por despido sin justa, la sanción por la no consignación de las cesantías al fondo correspondiente. Del auxilio de cesantías e indemnizaciones moratorias. Que la tesis de la parte demandante no se alcanza a estructurar como quiera que hasta la presente sentencia se pudo determinar que el verdadero empleador es la empresa labinco sas, qué día y es que durante el tiempo que la demandante prestó sus servicios a favor de las empresas de servicios temporales y la cooperativa de trabajo asociado aquellas actuaron de conformidad con las disposiciones legales que rigen la relación que ostentaron procediendo a liquidar y pagar el auxilio de cesantía a la finalización de cada vínculo contractual, que mal podría condenarse a la sociedad demandada a pagar el auxilio de cesantías pues para esas fechas no era el empleador de la actora y no fue aquella sociedad la que realizó los pagos parciales de qué trata la norma por lo que se absolverá a la demanda de estas pretensiones y con ello las indemnizaciones deprecadas al no resultar prestación social alguna a su favor, nótese que la liquidación de cada contrato que se ha venido indicando recursos humanos Folio 25 cooperativa de trabajo asociado Folio 30 y labinco por los 26 y 27; que sobre la indemnización por despido sin justa causa la conclusión es otra en el entendido que la demanda labinco para el cálculo de dicha suma tomó únicamente como tiempo de servicios de la demandante el comprendido entre el primero de septiembre del año 2011 y el 20 de marzo del año 2015 siento por el contrario lo correcto tomar como extremo temporal inicial de la relación laboral el 5 de junio del año 2008 tal como se dijo en precedencia anterior por el artículo 64 del código sustantivo del trabajo tratándose de un contrato a término indefinido vigente por un lapso igual a 6 años devengando la trabajada una suma igual de 3058165 pesos le corresponde la indemnización por el valor de 14866079 pesos valor al que se le deberá descontar 8268373 pesos los cuales ya le fueron cancelados arrojando una suma como diferencia de 6597706 pesos valor al que será condenada la demandada labinco s.a, que la condena no será extensiva a las accionadas ocupar temporales ni recursos exclusivos humanos ni a la cooperativa de trabajo asociado alianza comoquiera que la parte actora no interpuso las pretensiones por vía de la solidaridad conforme el artículo 35 del código sustantivo del trabajo. Excepciones. Dadas las resultas del proceso se declaran probados parcialmente los hechos que sustentan la excepción de cobro de lo no debido por ausencia de causa y obligación, declarando no probados los demás particularmente el de prescripción en la medida que el derecho a la reliquidación por indemnización por despido sin justa se hacía exigible a partir de la terminación de la relación de trabajo esto es para el 20 de marzo del año 2015, que la demanda se presentó el 10 de junio del año 2015 tal como obra en el acta de reparto visible a folio 32 del proceso no se alcanza a estructurar el término trienal del artículo 488 del código sustantivo del trabajo y del artículo 151 del código procesal del trabajo y la Seguridad Social. Costas. Correrán a cargo de la parte demandada labinco s.a. Tasándose en la suma de 400000 pesos.



APELACIÓN

PARTE DEMANDADA – LABORATORIO INTERNACIONAL DE COLOMBIA – LABINCO S.A.S.

“Presento recurso de apelación. Es sabido y probado en el proceso que existieron diferentes interrupciones a la solución de continuidad de las diferentes relaciones que tuvo la señora Adriana que funge como demandante en el presente proceso con las empresas de servicios temporales que se hicieron presentes dentro del presente litigio particularmente con la empresa de servicios temporales Alianza temporal que después fungió como cooperativa y que no fue llamada al juicio, en ese orden de ideas y al haberse interrumpido la solución de continuidad entre una y otra relación, además de haberse probado incluso por solicitud misma del apoderado de la demandante, la renuncia a las pretensiones frente a Alianza temporal, no existe un único contrato entre la señora Adriana y mi representada LABINCO S.A., en este sentido dejo sustentado mi recurso con el único objeto que sea revocado el primer punto como aspecto relevante de la sentencia dentro del presente proceso.”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada LABINCO S.A.S, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, teniendo en cuenta el punto de inconformidad, que se sintetiza únicamente en la oposición a la declaración de un solo contrato de trabajo.

Al respecto, en el proceso quedó acreditado, primero, que la demandante entre el 05 de junio de 2008 y el 20 de marzo de 2015 siempre estuvo al servicio de la demandada LABINCO S.A.S., y que su servicio lo prestó por medio de varias empresas de servicios temporales, incluso, por medio de una cooperativa de trabajo asociado, sin que tal circunstancia impidiera la continuidad en el ejercicio de las labores a favor del Laboratorio.



**Proceso Ordinario Laboral 11 – 2015 – 0515 – 01 DTE: ADRIANA MEJIA RAMIREZ DDO:
LABORATORIO INTERNACIONAL DE COLOMBIA – LABINCO S.A.S Y OTROS**

Nótese entonces, que frente a las funciones que desempeñaba la actora al servicio de la empresa LABINCO S.A.S., las mismas se mantuvieron sin que allá prueba en contrario, y en nada incidía la situación contractual de la empresa de servicios temporales o cooperativa de trabajo asociado con la empresa usuaria, en el desarrollo de la relación laboral de la demandante.

Ahora, el recurso se limita a la inconformidad sobre la declaración de una sola relación de trabajo, sin que se expongan mayores razones que justifiquen una decisión diferente, o que tenga como válida la conclusión, que, en efecto, mediaron varias relaciones de trabajo, como tampoco de la apelación se amplía la afirmación que, para el caso bajo estudio, hubo solución de continuidad.

Así las cosas, de todas maneras considera la Sala que en el presente asunto no hay elementos de juicio que impriman razón al recurrente, o que permitan considerar la existencia de varios contratos, que aunque haya sido el servicio siempre a favor del Laboratorio, estos hayan sido limitados por la duración entre la terminación y el inicio de uno y otro, resaltando que no se acreditó que pasara siquiera un día en esos momentos de cambio entre las empresas de servicios temporales o cooperativa de trabajo, además que no se erige el recurso frente a la existencia del vínculo laboral con la demandada LABINCO S.A.S.

Como fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL3417 del 2020 y SL3616 del 2020, recuerdan lo expresado en la sentencia CSJ SL4816-2015, sobre el particular, en tanto que, a pesar que en el presente asunto no hubo interrupciones, de todas maneras, la solución de continuidad cortas por lapsos de días, no desvirtúan la unidad contractual,



contrario a los efectos de las interrupciones amplias o relevantes, que eventualmente si podrían a llegar a generar una situación jurídica de solución de continuidad:

(...)

Frente al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, cabe resaltar que, cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, incluso como podrían ser aquellas inferiores a un mes, aunque ello no ocurre en este caso, éstas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, situación como aquí acontece, pues, no existió solución de continuidad, salvo el día a que se hizo referencia. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015:

(...) esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que «las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273).

(...)

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia por lo así considerado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.



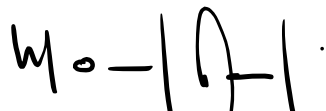
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del
C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

En permiso
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA LABORAL**

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUAN ANDRES BENITEZ
MENDEZ VS MASSY ENERGY COLOMBIA SAS. RAD N° 8-2019-144-01**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **ABELARDO PAREDES MORENO**, instauró demanda a través de apoderado en contra de **MASSY ENERGY COLOMBIA SAS**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato a término fijo desde el 6 de octubre de 2009 y a la fecha de presentación de la demanda, el cual terminó por causa imputable al empleador, que el demandante es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada y por tanto debe dejarse en firme la condena al reintegro ordenado por el Juez 13 penal municipal con función de garantías el 23 de noviembre de 2018, reubicación, pago de salarios, prestaciones aportes. (fls 4 al 13).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones en síntesis, manifiesta que ingresó a laborar en la demandada el 16 de octubre de 2009, mediante contrato a término fijo en el cargo de almacenista, que en 2012, suscribió otro si y ahora el cargo es jefe de almacén, que el último lugar de prestación de servicios fue Cogua departamento de Cundinamarca, describe funciones y salario siendo el último de \$ 2.131.005 más \$144.200 de auxilios fijos, que desde 2016 padece de trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía, que el 19 de junio de 2018 la EPS FAMISANAR, determinó que el origen de la enfermedad era laboral, que la demandada conocía el estado de salud y aún así le terminó el contrato, avisando que no se prorrogaría el 27 de agosto de 2018 y que la última jornada iría hasta el 15 de octubre del mismo año, que mediante sentencia de tutela se ordenó su reintegro, pero que la

empresa lo reubicó en el municipio de Carmen de Carupa y por eso hoy se encuentra a la espera de ser reubicado definitivamente, que el dictamen se encuentra impugnado ante la junta regional de calificación de invalidez. (fls 4 al 13).

La demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, manifestando que si existió contrato pero que este terminó por causa legal, esto es expiración del plazo fijo pactado, agregando que el demandante no contaba con ningún dictamen de pérdida de capacidad laboral. En cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato, pero aclaró que solo en el año 2015 el demandante fue promovido al cargo de jefe de almacén. Negó los demás en su mayoría excepto los relativos a la orden de tutela, asegurando que se dio cumplimiento a la misma, razón por la cual no prosperó el incidente de desacato, agregando que a la fecha de contestación de la demanda el demandante no se encuentra vinculado a la compañía. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, necesidad de probar el nexo causal entre el despido y el estado de salud del demandante, subrogación de riesgos en cabeza de las entidades del sistema de seguridad social, improcedencia del reintegro, buena fe, prescripción, compensación. (fls 11 a 130),

Tramitada la primera instancia, la Juez 8 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020), por la que resolvió DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo, a término fijo desde el 16 de octubre de 2009 y hasta el 15 de octubre de 2018. ABSOLVIÓ de las pretensiones, declarando probada la excepción de cobro de lo debido. (fls 220 y Siguietes).

Para llegar a esa conclusión el Juez en síntesis señaló lo siguiente:
*“...Para resolver, debe resaltar el despacho que en el presente caso no es objeto de controversia que entre las partes, por un lado la demandada Masy Energy Colombia, en condición de empleador, y por otro el demandante señor Juan Andrés Benítez Méndez en condición de trabajador **existió un contrato de trabajo a término fijo que tuvo como extremo inicial el 16 de octubre de 2009 y como extremo final el 15 de octubre de 2018, por cuanto tales aspectos además de haber sido aceptados por la traída a juicio desde la contestación de la demanda, se verifican con el pronunciamiento efectuado en la misma respecto del hecho contenido en el numeral 1, tal y como se evidencia a folio 116.** Definida la existencia del vínculo laboral, pasa el despacho con el estudio de las pretensiones principales con el propósito de establecer la viabilidad de acceder a las peticiones del demandante, para lo cual es menester precisar que fundó dichas*

aspiraciones el accionante en la aplicación de la ley 361 de 1997 por la cual se establecen los mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones. Disposición que en su artículo 26 señala: “ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del ministerio de trabajo.” Conducta que conforme al inciso 2 de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con lo establecido en el código sustantivo de trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen o complementen o aclaren, esto es, de igual forma conforme a lo señalado en la sentencia C 531 de 2000. En la misma dirección conviene memorar conforme criterio sentado por la honorable Corte Suprema de Justicia, en sala de casación laboral, frente a esta temática, la aplicación de la ley 361 de 1997, consiste en una presunción en favor del trabajador que encontrándose en un estado de incapacidad o discapacidad calificada y superior a 15% y que sea despedido sin justa causa, se presume que la decisión del despido deriva justamente como un acto discriminatorio por el estado de salud del ex trabajador. Siendo así entonces que le corresponde a la parte demandante demostrar el hecho del despido, el estado de incapacidad o discapacidad calificada y que la misma haya sido informada a su empleador, y acreditado lo anterior se traslada la carga de la prueba en cabeza de la demandada, quien deberá demostrar la autorización del ministerio de trabajo para terminar el vínculo laboral o de lo contrario deberá derruir la presunción en comento, demostrando que el despido obedeció a una justa causa o que no derivó del estado de salud del trabajador. Señalado lo anterior y conforme al material probatorio recaudado, entra el despacho a verificar si en el caso de marras se encuentran señalados a efectos de dar aplicación a la ley 361 de 1997, advirtiendo el origen de la patología diagnosticada al actor discolumbar y otros, radioculopatía fue calificada en una primera oportunidad por la eps famisanar como de origen laboral el 19 de junio de 2018, tal y como se evidencia a folios 27 a 31. Posteriormente la arl sura se mostró en desacuerdo con el dictamen de la eps al considerar que la enfermedad era de origen común, conforme se extrae de la documental visible a folio 188, razón por la cual, el caso fue remitido a la junta regional de calificación de invalidez de Bogotá, **entidad que en dictamen 80014572 del 25 de febrero de 2019, determinó como profesional el origen de la enfermedad, conforme se extrae de la misma documental visible a folio 188, finalmente, la junta nacional de calificación de invalidez en dictamen del 5 de diciembre de 2019, confirmó el origen de las patologías o diagnósticos señalados al actor.** Puestas así las cosas, es claro que no se encuentra acreditado una pérdida de capacidad laboral del demandante para la fecha de terminación del vínculo, esto es, 15 de octubre de 2018, **pues de las calificaciones efectuadas por la junta regional y nacional de calificación de invalidez, no es posible determinar la fecha de estructuración del diagnóstico, además de que fueron practicadas al actor con posterioridad a la terminación del contrato, lo que ya de por si le excluye el lleno de los requisitos para haber podido establecer que el actor se encontraba amparado por una estabilidad laboral reforzada o en un estado de debilidad manifiesta, por lo que evidentemente no se dan los presupuestos para la procedencia de la protección establecida en la ley 361 de 1997,** esto es, que el trabajador demandante cuente con una pérdida de capacidad del 15% o más a la fecha de finalización de la relación laboral. Precizando en este punto que, si bien la corte ha avalado que puedan existir calificaciones posteriores incluso a la terminación del vínculo, para que se pueda dar aplicación a la ley 361, es decir a la presunción referida en precedencia, el trámite de calificación y el estado de disminución de salud del trabajador debe darse dentro de la relación laboral o la estructuración debe darse en vigencia de la relación laboral para que se pueda presumir que el despido deriva de ese estado de salud. De otra parte, no sobra agregar que si bien con las documentales traídas al plenario se constata que desde el 10 de agosto de 2018 el accionante fue tratado por la especialidad de neurología y sistema nervioso al presentar un cuadro clínico de 3 años de evolución, de dolor tipo presión en la zona axial de predominio lumbar, folio 33, le fueron prescritos algunos exámenes médicos tal y como se evidencia a folios 38 a 39, e incapacitado inicialmente por 15

días y durante 5 veces de diagnóstico común dichas incapacidades durante la relación laboral, como así lo afirmó en interrogatorio de parte y fue aceptado por el representante legal de la compañía. Lo cierto es que tales circunstancias tampoco permiten dar aplicación a la presunción establecida en la referida norma, por cuanto al tenor del criterio sentado por la corte suprema de justicia antes señalado, para la operancia de dicha presunción se requiere que el empleador conozca del estado de salud del trabajador, en aras de poder presumir que justamente el despido o terminación de la relación laboral surge de dicho estado de salud, y en ese orden en el caso de marras se evidencia que para el 15 de octubre de 2018, el actor no tenía incapacidad alguna, no presentó una documental o prueba de cualquier otra magnitud como testimonial o cualquier otro medio de convicción que permitiera acreditar que si él estaba en un proceso de calificación o con un estado de salud disminuido, esta situación le fue informada a su empleador, pues se precisa en este punto que el hecho del análisis del puesto de trabajo no sule de manera alguna el deber del trabajador de poner en conocimiento de su empleador su estado de salud, aspecto que en este proceso cobra relevancia por cuanto el análisis del puesto de trabajo no es un requisito o trámite exclusivo para la calificación de una pérdida de capacidad, precisando de igual forma que la última incapacidad otorgada fue hasta el 11 de mayo de 2018, por lo que tampoco resulta viable o coherente pensar o asumir que para el momento de la terminación o que se le informó sobre la decisión de no prorrogar más su contrato a término fijo, el demandante estuviera en un estado de incapacidad y como ya se dijo, tampoco se encontró acreditado un estado de discapacidad. **Lo anterior, lo corroboró el gestor en la acción al absolver el interrogatorio de parte, donde si bien manifestó que su empleador sabía de su estado de salud, su dicho no generó gran convicción, teniendo en cuenta que dice haberlo hecho siempre por escrito a través de correos electrónicos institucionales, pero al proceso no fue allegado ninguna de estas comunicaciones que pudieran dar certeza o credibilidad a las manifestaciones del accionante.** En especial porque debe recordarse que la prueba de interrogatorio de parte busca la confesión de la parte, luego entonces no es posible para esta juzgadora tomar como citas las afirmaciones que resulten en favor de los intereses de quien absuelve el interrogatorio de parte. **Además, el accionante confirmó que la calificación de su pérdida de capacidad se dio con posteridad a la terminación del contrato, razones que resultan suficientes para concluir la inaplicabilidad de la ley 361 de 1997 en el caso del actor.** En este punto igualmente vale la pena resaltar que **muy a pesar del dicho del accionante respecto a que se encontraba incapacitado para el día 15 de octubre de 2018, fecha para la cual le informaron de la terminación del contrato ya como se indicó, en verdad ello no se encuentra probado en el expediente, ya que al verificar todas las pruebas aportadas no se evidencia alguna incapacidad para dicha data, aunado a todo lo anterior, echa de menos el despacho prueba que acredite de manera alguna que la terminación del contrato obedeció única y exclusivamente a la patología diagnosticada al trabajador, ello teniendo en cuenta que como se dijo, debe demostrarse que el despido obedeciera a un estado de discapacidad o incapacidad del actor, que muy por el contrario existió en este caso una causa diferente como es una causa objetiva, esto es, el vencimiento del plazo pactado, lo que permite derruir la presunción que de haber cobijado al actor señala este juzgado en gracia de la discusión, hubiese quedado derruida, acreditándose una causa objetiva para la terminación del vínculo laboral.** Es decir, la demandada a juicio de la suscrita, no actuó por un mero capricho suyo ni mucho menos por razones discriminatorias hacia el actor, sino que operó una causa objetiva para la terminación del contrato en especial teniendo en cuenta que era un contrato a término fijo, luego entonces supone el despacho que desde el inicio de la relación las partes pactaron la duración o término de la vigencia de dicho contrato. En definitiva, se haya demostrado que no fue la enfermedad padecida por el accionante el motivo de la terminación del contrato laboral, además para la fecha del despido, aquel, se reitera, no presentaba una discapacidad moderada ni tampoco una incapacidad que le pudiera dar aplicación a la ley 361 de 1997. Colorario de todo lo anterior, no procede condena alguna respecto al reintegro solicitado, ni mucho menos al pago de salarios y demás acreencias solicitadas, por

cuanto las mismas derivaban de la prosperidad de la aplicación de la protección contenida en la ley 361 de 1997, en orden a declarar de forma definitiva el reintegro del demandante, pretensiones que se reitera, no tienen prosperidad. Puestas así las cosas, resulta imperioso para este despacho absolver a la demandada Massy Energy Colombia de todas y cada una de las pretensiones condenatorias incoadas en su contra por el actor, **claro está reiterándose que se declara la existencia del contrato de trabajo en los términos señalados en esta sentencia.** De acuerdo a lo anterior, y descendiendo al estudio de las excepciones, se declarará probada la excepción de cobro de lo no debido, y dadas las resultados del proceso el despacho se releva del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos propuestos. Costas. Sin costas en esta instancia ante su no causación. En caso de no ser apelada la presente decisión, y comoquiera que resulta adversa a los intereses de la parte demandante. Se remitirán las diligencias al honorable tribunal superior de Bogotá, sala laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor del actor. En merito de lo expuesto, el juzgado 8 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, resuelve:

1. Declarar que entre el señor Juan Benítez Méndez y la demandada massy energy Colombia, existió un contrato de trabajo a término fijo, vigente o varios contratos a término fijo, vigentes desde el 16 de octubre de 2009 hasta el 15 de octubre de 2018;
2. Absolver a la demandada massy energy Colombia de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante;
3. Declarar probada la excepción de cobro de lo no debido, relevándose el despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos propuestos.
4. Sin condena en costas en esta instancia ante su no causación.
5. En caso de no ser apelada la presente decisión comoquiera que resulta adversa a los intereses de la parte actora, se remitirán las diligencias al honorable tribunal superior de Bogotá, sala laboral, para que se sura el grado jurisdiccional de consulta en su favor.”

La sentencia no fue apelada por lo que se conoce en grado jurisdiccional de CONSULTA.

CONSIDERACIONES

Lo primero que debe estudiar el despacho en grado jurisdiccional de consulta, es la existencia del contrato de trabajo entre las partes **desde el día 16 de octubre de 2009 y hasta e 15 de octubre de 2018. Luego de ello se establecerá la forma de terminación del mismo, para luego definir la existencia de estabilidad laboral reforzada a luz de lo establecido en la ley 361 de 1997.**

Tal y como señaló la Juez la existencia del contrato a término fijo y los extremos en que se desarrolló no fue objeto de discusión, por el contrario, fue aceptado, pero además corroborado, con las pruebas documentales,

visibles a folios 131 y siguientes; esto es contrato de trabajo a termino fijo inferior a un año con fecha de inicio 16 de octubre de 2009, el cual no fue prorrogado terminando el 15 de octubre de 2018, (fl 17).

También esta acreditado que al terminar el contrato, por vencimiento del plazo pactado; con lo cual queda resuelta la forma de terminación y por orden de tutela se dio cumplimiento a la misma en los términos del otro si suscrito por las partes el 4 de diciembre de 2018, (fls 152 y 153), reubicando al demandante en el cargo de almacenista en la ciudad de Carmen de Carupa.

Ahora bien, aunque en estricto sentido, no existió una terminación unilateral y sin justa causa por parte del empleador, debe verificarse si el demandante era un sujeto de especial protección de acuerdo con lo consagrado en la ley 361 de 1997; lo que analizó también la Juez, con base en las prueba documental, esto es dictámenes y demás aportadas; encontrando que al momento de la terminación del contrato no existía ni incapacidad, ni calificación de pérdida de capacidad laboral, ni estado de salud alguna que diera lugar a presumir un despido discriminatorio, conclusión que advierte desde ya la Sala es acertada.

Lo anterior se corrobora con la documental se reitera, básicamente la que aparece a folios 181 y siguientes, esto es dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, con fecha 5 de diciembre de 2019, el cual modifica el de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, proferido el 25 de febrero de 2019, y que si bien es cierto determina como de origen laboral la enfermedad diagnosticada; esto trastorno lumbar y otros con radiculopatía, **no determina el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral; pues como allí se indica ello corresponde a la entidad de seguridad social, toda vez que la controversia puesta en su conocimiento solo giraba respecto de la determinación del origen.** (Ver folio 194).

No sobra agregar que estos dictámenes fueron emitidos luego de la no prorroga del contrato y aunque la EPS FAMISANAR emitió pronunciamiento el 19 de junio de 2018, antes de la terminación del contrato, señalando el trastorno como enfermedad laboral, no determinó pérdida de capacidad

laboral; (Ver fls 27 al 29), pero menos aún y como señaló la Juez hay prueba de que ese estado de salud, ese tramite de calificación hubiese sido informado al empleador, pues aunque el actor aseguró haberlo hecho vía correo electrónico no lo acreditó con las pruebas del caso.

Vale que solo en la carta en la que se termina el contrato por vencimiento del plazo; el demandante deja una nota en la que indica estar en tramite de calificación ante la Junta Regional de Calificación, entidad que varió el origen de laboral a común del trastorno en forma posterior, lo que se itera modificó la Junta Nacional, sin que ninguna determinara un porcentaje de pérdida de capacidad; pero lo que es más importante sin que aparezca prueba de haber sido conocida por el empleador; así como tampoco la hay de incapacidad o limitación en ese momento.

No sobra agregar que **el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo...”**

La anterior Ley fue expedida **con el fin** de garantizar una protección integral y readaptación social del limitado físicamente en un grado de moderado, severo o profundo, lo cual se deduce del artículo 1º y 5º de la norma en mención, esto es, que no hacen parte de esa población protegida los demás limitados que no padecen ese grado de minusvalía y se estableció en el artículo 26 la prohibición para los empleadores **de obstaculizar una vinculación laboral por motivo de la limitación física de una persona**, a menos, que esta se demuestre como incompatible o insuperable para el ejercicio del cargo, **lo cual persiste independientemente de las discusiones sobre derogaciones y vigencia.**

Sobre el tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencia 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016 y en la más reciente 46842 del 22 de febrero de 2017, **señaló que**

dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como son: “(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.

Es claro entonces, que para que opere la protección al momento del despido o de la terminación, debe existir o bien discapacidad o bien un estado de debilidad manifiesta que también y según lo ampliamente analizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional da lugar a la protección contenida en la Ley 361 de 1997, **pues si ella existe el despido o terminación se presume discriminatorio, debiendo la demandada probar que no lo fue, que obedeció a una razón objetiva y no a tal condición.**

En reciente sentencia SL572 de 2021 Rad 86728, M P LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ; la C SJ insiste, en que exigir la calificación de la pérdida de capacidad laboral no es un capricho, porque la protección derivada de la ley 361 de 1997, requiere de una situación de discapacidad, al tiempo afirma, “que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido”. Incluso agrega la corte que para conocer ese nivel de disminución en la capacidad laboral por razones de salud, no basta una historia clínica, sino que es necesario **establecer la limitación para laborar** y ello solo se logra con una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional.

Nada de eso sucedió en este caso, ni calificación ni mucho menos de la historia clínica podría inferirse un estado de salud tal que impidiera al actor desarrollar su función; luego así aceptásemos en gracia de discusión que hubo un despido o que la terminación por vencimiento del plazo debía

justificarse, esta pretensión de ineficacia y reintegro, así como sus consecuencias económicas estarían llamadas al fracaso, pues se itera una vez más no existía una determinación de pérdida de capacidad tal o estado afectado de salud que obligará al respeto de una estabilidad laboral reforzada inexistente.

Por lo expuesto se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada, ya que arribó a idéntica conclusión.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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

R E S U E L V E

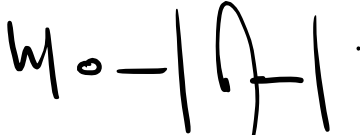
PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia consultada.

SEGUNDO.- Sin COSTAS en este grado de jurisdicción.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

En permiso
LORENZO TORRES RUSSY



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 07-2018-0682-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: GILMA DEL CARMEN SARMIENTO TORRES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021),
previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados
en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de Porvenir
S.A., y Colpensiones revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 07
Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 09 de marzo de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandante, la
AFP Porvenir S.A. y Protección S.A, presentaron alegaciones.



ANTECEDENTES

La señora Gilma del Carmen Sarmiento Torres por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada en virtud de la afiliación a la AFP Colfondos S.A el día 19 de abril de 1995; en consecuencia, solicita la nulidad del traslado de igual manera con Porvenir S.A., el 25 de septiembre de 1997, con Protección el día 22 de mayo de 2003, y con Colfondos nuevamente el 14 de agosto de 2012, que se declare la nulidad de todos los traslados y se ordene a Colpensiones a aceptar a la demandante en el régimen de prima media.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, se trasladó del ISS a Colfondos S.A., el 19 de abril de 1995; que no le brindó información completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales, que no se le hizo un estudio de su situación pensional particular, sino que únicamente se le indicó los beneficios que podría obtener al trasladarse al régimen de ahorro individual, que la filiación del 25 de septiembre de 1997 con Porvenir S.A., contiene inconsistencia al no cumplir con los requisitos del artículo 11 del decreto 692 de 1994, que se trasladó a Porvenir el 22 de mayo 2003, posteriormente a Colfondos el 14 de agosto de 2012, quien nació el 27 de junio de 1960, que para el año 2018 Colfondos realizó una simulación pensional dentro de la modalidad de retiro programado para indicar que le correspondería una mesa superior a dos millones, mientras que si se realiza conforme el régimen de prima media dicho ingreso superaría los 6 millones, que cuenta con 1588 semanas cotizadas, que agotó la reclamación



administrativa ante Colpensiones el 22 de agosto de 2018, sin que se haya dado respuesta a la solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó el enlistado en el numeral 9, no aceptó el 2, 13 y 17; manifestó que le consta el hecho 16 y no constar le los hechos 1, 3 a 8, 10, 14 y 15. Como excepciones de mérito formuló las que denominó 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 y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público.

Por su parte, Porvenir S.A., contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 7 a 9, no aceptó el 2, 3, 6 y 10 y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

Colfondos S.A., contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 5, 8, 9, 11 y 12, no aceptó los enlistados 2 a 4, 10 y 15 y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó validez de la afiliación con Colfondos S.A., inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A., buena fe y prescripción.



Protección S.A., contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 7 a 9 y 15, no aceptó el 2, 3 y 10, y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del régimen pensional de la demandante a través de la AFP Colfondos S.A. el 19 de abril de 1995 y las posteriores con Porvenir, Protección y Colfondos; ORDENÓ a Colfondos S.A., a realizar el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos; a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad a la afiliada al régimen de prima media, declaró no probadas las excepciones, y condenó al pago de costas a cargo de cada uno de los demandados en proporción de 2 smlmv.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

En síntesis, manifestó que, no existe prueba que la demandante fuese debidamente ilustrada sobre las características de uno y otro régimen, ni capacitación en pensiones de ésta, que en esta caso no obra prueba que acredite Colfondos al momento del traslado de régimen pensional al rais en el año 1995, hubiese suministrado la información que ordenaba la misma ley 100 de 1993, información, clara, veraz y precisa, comprensible y detallada respecto de su futuro pensional conforme la decisión de trasladarse a un fondo



privado, lo cual es una omisión en el deber de información, en los términos legales y jurisprudenciales relacionados en la sentencia; sobre los formularios de vinculación, que con la firma se plasmó o convalidó su voluntad de mantenerse en el rais ello no es admisible, ya que se probó el desconocimiento de la demandante sobre las implicaciones del traslado, ni puede tenerse suplido el requisito de información con la simple firma, cuando del contenido del documento no se desprende cual fue el contenido que se le brindó a la actora, para el momento de traslado de régimen pensional en el año 1995; que los formularios de vinculación no constituyen un medio probatorio, para que se pueda inferir que se le proporcionó a la afiliada la información requerida para este tipo de traslados conforme la jurisprudencia laboral; en cuanto a la ratificación de la intención de permanecer al rais, puesto que lo relevante en estos casos es la prueba de la información brindada en el traslado inicial y primigenio, la cual debió ser oportuna, veraz y comprensible, de lo cual no hay prueba, que conforme la jurisprudencia en estos casos lo que se genera es la ineficacia del traslado, no es suficiente la simple suscripción del formulario de afiliación, sino el cotejo con la información brindada y que debe corresponder con la realidad y en los términos del artículo 1604 del Código Civil, por lo que corresponde a las administradoras allegar prueba sobre la información que le proporcionó al afiliado, con las implicaciones del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en los que debe constar los aspectos negativos y positivos de ese traslado y la incidencia del derecho pensional. Costas a cargo de las demandadas ante su oposición a las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

AFP PORVENIR S.A.

“Solicita en síntesis que se revoque la sentencia, que específicamente la inconformidad es sobre la ineficacia del traslado de la demandante, y consecuentemente sobre las costas; que la entidad fungió como un tercero de buena fe que recibió a la afiliada, que



**Proceso Ordinario Laboral 07 – 2018 – 682 – 01 DTE: GILMA DEL CARMEN SARMIENTO
TORRES DDO: COLPENSIONES Y OTROS**

contaba con conocimiento previo de las implicaciones de la suscripción de un negocio jurídico al tener formación jurídica; que es abogada; que el deber de información si ha existido pero ha tenido cambios, que no era beneficiaria del régimen de transición, ni estaba excluida del rais, que los dos regímenes son igualmente válidos, que los actos de ratificación han sido discutidos por la jurisprudencia laboral, los traslados al interior del rais, que la afiliación con Porvenir es válida.

COLPENSIONES

“En síntesis manifestó la apoderada que, no cumple con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que no hizo uso del derecho de retracto, que no cumple con los requisitos para regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo, que sobre la sostenibilidad financiera del sistema pensional, solicita revocar la sentencia, y absolver a la demandada de cualquier concepto”.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado por la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Gilma Sarmiento, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la AFP Colfondos S.A., el día 19 de abril de 1995, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folio 220 del plenario, así como respecto de los traslados posteriores efectuados dentro de dicho régimen, a Porvenir S.A., Protección y finalmente con Colfondos S.A., nuevamente.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que se alega por falta al deber de información escenario que se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del



14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**, por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional



que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Porvenir S.A. en su recurso, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Sarmiento, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** inicial al RAIS en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que tanto Colfondos S.A., como posteriormente los demás fondos privados demandados, faltaron al deber de información, pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la



Proceso Ordinario Laboral 07 – 2018 – 682 – 01 DTE: GILMA DEL CARMEN SARMIENTO TORRES DDO: COLPENSIONES Y OTROS

obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como, contrario a lo afirmado por el recurrente, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la demandante.

Es así como en estos casos, en gracia de discusión, no es de resorte de la demandante probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien se invocó la acción bajo la figura de la nulidad, lo cierto es que también alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió inicialmente (Colfondos S.A.), razón por la cual, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No.



**Proceso Ordinario Laboral 07 – 2018 – 682 – 01 DTE: GILMA DEL CARMEN SARMIENTO
TORRES DDO: COLPENSIONES Y OTROS**

68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Ahora, el hecho que un afiliado no sea beneficiario del régimen de transición o que no contaba al momento de su afiliación al RAIS con expectativa pensional legítima, ello no es óbice para que ésta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.



**Proceso Ordinario Laboral 07 – 2018 – 682 – 01 DTE: GILMA DEL CARMEN SARMIENTO
TORRES DDO: COLPENSIONES Y OTROS**

De tal manera y contrario a lo afirmado por Porvenir S.A., el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente caso que dicho deber de información no se cumplió.

Ahora, debe advertirse que, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no necesariamente implica la descapitalización del RPM administrado por Colpensiones como lo afirma la apoderada de esta última en el recurso, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración como igualmente lo ha dejado sentado la alta corporación de cierre de esta jurisdicción entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Conforme lo anterior, y en alcance al Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, se dispondrá, adicionar el numeral SEGUNDO de la sentencia, en el sentido de ordenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar el valor correspondiente a gastos de administración, con destino a Colpensiones, decisión que encuentra sustento en la sentencia de la Sala de Casación Laboral SL2329-2021 de 02 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera Diaz.



Por otro lado, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las



**Proceso Ordinario Laboral 07 – 2018 – 682 – 01 DTE: GILMA DEL CARMEN SARMIENTO
TORRES DDO: COLPENSIONES Y OTROS**

reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia, en el sentido de ordenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar el valor correspondiente a gastos de administración, con destino a Colpensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

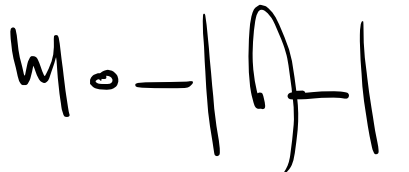
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



**Proceso Ordinario Laboral 07 – 2018 – 682 – 01 DTE: GILMA DEL CARMEN SARMIENTO
TORRES DDO: COLPENSIONES Y OTROS**

**En permiso
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 05-2019-137-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: GLORIA ESPERANZA CABALLERO COGOLLOS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 14 de junio de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colfondos y Avianca S.A.; las que solicitan se confirme la sentencia de primer grado, así como las de Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora GLORIA CABALLERO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a Avianca S.A., a pagar a su favor los tiempos laborados y no cotizados al Sistema General de Pensiones entre el 2 de diciembre de 1979 al 31 de marzo de 1994, con destino a Colpensiones, ordenándole a esta última validar dichos tiempos y permitir su regreso al RMP que administra en los términos de la sentencia C – 754 de 2004, ya que contaba con más de 15 años de servicios a 1 de abril



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900137-01 Dte: GORJA ESPERANZA CABALLERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de 1994 y como consecuencia de ello se ordene a Colfondos S.A., a trasladar los aportes depositados en su cuenta de ahorro individual junto con rendimientos a órdenes de Colpensiones; solicita subsidiariamente que de existir un depósito provisional realizado por Avianca, se ordene a Protección S.A., trasladar este a Colpensiones. (fls. 1 y 2).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que elevó derecho de petición ante Avianca S.A., a fin de que esta le informara cuáles fueron los periodos laborados a su favor y no cotizados, a lo que esta demandada allegó junto con respuesta a su petición copia del cálculo actuarial realizado por Colpensiones para los periodos comprendidos entre el 2 de diciembre de 1979 al 31 de marzo de 1994, previa solicitud elevada por dicha sociedad, indicando de igual manera que al 31 de marzo de 1994, no se encontraba afiliada al ISS, al ostentar la calidad de auxiliar de vuelo y con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, había realizado un depósito provisional de los aportes no realizados a la AFP Colfondos, razón por la cual, solicitó ante esta última le informara en qué fecha Avianca S.A., había empezado a cotizar a favor de dicha AFP, solicitando el formulario con que se efectuó el traslado de régimen pensional, sin que se hubiera adjuntado el mismo, el que se obtuvo a través de acción de tutela.

Afirma que peticionó a Colpensiones informara el por qué no había incluido en su historia laboral los aportes comprendidos entre 1979 a 1994, que habían sido cancelados por Avianca S.A., a lo que dicha entidad respondió que el título pensional a que se aludía no había sido consignado a su favor, sino que se había realizado a favor de Protección S.A.; razón por la cual, nuevamente elevó derecho de petición ante Avianca S.A., solicitando se le informara a qué entidad había realizado el depósito provisional a que aludió y el por qué lo realizó a Colfondos u otra entidad ya que ella se encontraba afiliada en el año de 1999 a Colpensiones, que el 27 de junio de 2018, Avianca S.A., respondió a su petición señalándole que dicho depósito lo había realizado a favor de Colpensiones, entidad que el 19 de abril de 2018, insistió en que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900137-01 Dte: GORJA ESPERANZA CABALLERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

dicho depósito nunca se había efectuado a su favor; señala por último que como quiera que contaba con 750 semanas de cotización a 1 de abril de 1994, ello le permite retornar al RPM en cualquier tiempo, opción que no ha podido materializar por cuanto Colpensiones niega que el título pensional se haya consignado a su favor. (fls. 2 a 4).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 5, 6 y 9, referentes a las peticiones elevadas por la demandante ante esta entidad y las respuestas emitidas a las mismas y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación. (fl. 65).

Por su parte PROTECCIÓN S.A., se opuso no manifestó oponerse ni allanarse a las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en numeral 11, referente a la afiliación actual de la demandante a dicha administradora y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe por parte de Protección S.A. y la genérica. (fl. 87).

COLFONDOS S.A., únicamente se opuso a la pretensión principal cuarta; en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 3 y 4 y manifestó no constarle lo demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe. (fl. 99).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la nulidad de traslado de régimen pensional efectuado por la demandante el a través de la entonces ING Pensiones, hoy Protección S.A., ordenó a esta última a trasladar a favor de Colpensiones los dineros depositados en la cuenta individual de la actora



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900137-01 Dte: GORJA ESPERANZA CABALLERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

junto con rendimientos y a Colpensiones a recibirlos y actualizar la historia laboral; ordenó a dicha entidad y a Avianca S.A., que de forma coordinada y dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia, actualizaran el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre diciembre de 1979 a marzo de 1994, debiendo Colpensiones dentro del mes siguiente a efectuarse el pago del cálculo, actualizar la historia laboral de la demandante incluyendo los periodos en mención, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por Colfondos, absolviéndola de las pretensiones y no emitió condena en costas. (fl. 179)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

Desde ya se indicará el sentido del fallo en el siguiente sentido: se declarará la nulidad de la afiliación al RAIS, por tanto, Protección s.a. debe devolver los dineros con los que cuente la señora Gloria en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos a Colpensiones, Colpensiones deberá actualizar la historia laboral, teniendo en cuenta el periodo de 1979 a marzo de 1994, diciembre de 1979 a marzo de 1994, el cual ha sido pagado parcialmente. Colpensiones y Avianca deberán de forma coordinada, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta sentencia, validar si existe alguna reliquidación del cálculo actuarial y existiendo reliquidación, Avianca deberá cancelar dicho pago insoluto. En este caso particular. Dentro del proceso, está demostrado y así se desprende de la documental aportada por Avianca y de la historia laboral de Colpensiones aportada junto con la demanda, página 30 del expediente, que no se discute la vinculación laboral de la señora Gloria con el empleador Avianca, al observar la página 30 del expediente se advierte en esta historia laboral que la fecha de afiliación por parte de esta empleadora Avianca a la señora Gloria fue el 27 de agosto de 1979, y realizó cotizaciones a partir de esa fecha hasta el 1 de diciembre de 1979, después del 2 de diciembre de 1979 no se advierte que se haya efectuado alguna cotización a favor de esta trabajadora, reiterando que no se discutió el vínculo laboral y que actualmente está vigente, según lo que informa hoy el apoderado de Avianca, y por tanto, para solucionar el punto de los aportes dejado de realizar entre el 2 de diciembre de 1979 al 31 de marzo de 1994, está plenamente demostrado, doctora María Alejandra, que efectivamente Avianca como empleador si realizó el pago de dicho cálculo actuarial por este periodo de tiempo y a favor de la trabajadora, eso se desprende de la documental que obra a pagina 162 y siguientes del expediente, en ese cruce de comunicaciones que su propia representada acepta que fue pagado, es más, hay un cruce de comunicaciones en 2017 en lo que, como indica el apoderado de Avianca, hay una solicitud de reliquidación por cuanto no se tuvo en cuenta, no estaba correcto el salario referencia para liquidación del cálculo actuarial, en tal sentido, aquí no se discute y está demostrado que si hubo un pago por cerca de \$329.000.000 por ese periodo de tiempo por parte del empleador Avianca a Colpensiones, que se haya presentado en el interregno de tiempo y posteriormente la afiliación de la señora Gloria al RAIS, fue lo que generó este desgaste administrativo e interno o estas situaciones internas administrativas que llevaron a Colpensiones a emitir una comunicación en 2017 indicado esa tesis de que no se encontraba el título pensional, cuando era claro que si lo habían recibido, es más, de las historias laborales de las AFP como la de Colfondos, pagina 146, y la de Protección, no se advierte suma alguna que se compadezca con ese valor de \$326.000.000 y que se vea reflejada en la historia laboral de la señora Gloria, en tal sentido no es cierto que ese título pensional pagado por Avianca a través de cálculo actuarial haya sido destinado a las AFP por las que aparentemente transitó la señora Gloria, esto para señalar el aspecto de la relación laboral, cálculo actuarial que no se discute y que fue demostrado su pago.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900137-01 Dte: GORJA ESPERANZA CABALLERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Lo anterior, nos lleva entonces si la señora Gloria Esperanza Caballero Cogollos es o no beneficiaria del régimen de transición, recuérdese que el artículo 36 de la ley 100 de 1993 estableció este beneficio para aquellas personas quienes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, es decir, al 1 de abril de 1994 tuvieran 35 años si son mujeres, 40 años si son hombres o independientemente del género tuvieran 15 años de servicios a esa fecha, al 1 de abril de 1994, 15 años de servicios. Posteriormente, con la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, se reformó y se modificó el artículo 48 constitucional y se agregó: el régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollan dicho régimen no podrán extenderse más allá al 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, ojo doctor Camilo, que estando en dicho régimen además tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo a la entrada en vigencia del acto administrativo. La tesis de la parte demandante para argumentar que la señora Gloria puede regresar en cualquier tiempo a prima media es incorrecta, parte de una premisa errada, doctor Camilo, porque señala la tesis de la parte actora que con los periodos del cálculo actuarial contabiliza 750 semanas a la entrada en vigencia de la ley 100, entonces hace una mezcla de acto legislativo con régimen de transición artículo 36. Nótese que la señora Gloria, según la documental que obra en el expediente, refiere como fecha de nacimiento abril 29 de 1961, si ello es así, quiere decir que tenía 35 años al 1 de abril de 1994, solo tenía 33 años, y no tenía 15 años de servicio, tenía 14 años y 6 meses aproximadamente, 7 meses de servicios, que en semanas traducen 751 semanas al 1 de abril de 1994, contabilizando efectivamente el periodo de tiempo de diciembre de 1979 a marzo de 1994 con las 13.87 semanas que ya le había cotizado y que obraban en la historia laboral de Colpensiones, página 30, entonces nótese que la señora Gloria no es beneficiaria del régimen de transición, se hace una interpretación errada de las 750 semanas del acto legislativo y se confunde y se trata de indicar que con 750 semanas al 1 de abril de 1994 o como se dice en demanda, a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 hace que posibilite el regreso de la señora gloria en cualquier tiempo, no, la sentencia c 789 de 2002, la 1024 de 2004, son claras, es más, lo que hace la 1024 es reiterar la 789 de 2002, solo aquellas personas quienes al 1 de abril de 1994 tuvieran mas de 15 años de servicios podrían regresar en cualquier tiempo, no es el caso de la señora Gloria porque 750 semanas no son 15 años, 15 años son 771 semanas.

En tal sentido, no es esa vía por la cual la señora Gloria puede regresar a prima media, la vía lo será entonces la nulidad de la afiliación como se indicó en la fijación del litigio, dadas las particularidades de este caso y para no desgastar mas el trámite y la administración de justicia. En otro caso el fallo hubiese sido absolutorio y la señora Gloria hubiese tenido que iniciar otro proceso, solicitándose nulidad. Pero en fijación del litigio, teniendo en cuenta las facultades ultra y extra petita del juez de primera instancia y teniendo en cuenta que se pone en debate hechos referidos a que la señora Gloria debería estar en prima media es porque el despacho puede y pudo ejercer la facultad ultra y extra petita, por haberse hecho mención a que el verdadero régimen al cual pertenece la señora Gloria no es el RAIS sino el RPM. Eso nos lleva entonces a los otros problemas jurídicos de este proceso, el segundo lo fue el del artículo 25 del decreto 692, nótese que existiendo entonces afiliación por parte de la empleadora Avianca de la señor Gloria como su trabajadora al ISS, no podía Avianca y no podía tampoco argumentar en su contestación la aplicación del artículo 25 del decreto 692 de 1994, se recuerda que ese artículo señala: Los empleadores están obligados a solicitar a los trabajadores que se vinculen a la respectiva empresa a partir del 1 de abril de 1994, que se les informen por escrito sobre el régimen de pensiones que desean seleccionar y la respectiva administradora. Lo anterior con el fin de efectuar oportunamente el pago de las cotizaciones y de no incurrir en las sanciones por mora. En el evento de que el trabajador no manifieste su voluntad de acogerse a uno de los dos regímenes o no seleccione la administradora, el empleador cumplirá la obligación de que trata el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, trasladando las sumas por concepto de aportes a cualquiera de las entidades administradoras del sistema general de pensiones legalmente autorizadas para el efecto, sin perjuicio de que con posterioridad, el trabajador se traslade de régimen o de administradora. Entonces, cual es el supuesto de hecho del artículo 25, le da labores que están obligados a solicitar los trabajadores que se vinculen a la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900137-01 Dte: GORJA ESPERANZA CABALLERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

respectiva empresa a partir del 1 de abril de 1994, es decir, la señora Gloria ya se encontraba vinculada desde 1979 a la empleadora Avianca, ya se habían comenzado a realizar cotizaciones al entonces ISS entonces no cabía la aplicación de este artículo 25 y que por mera liberalidad el empleador escogiera a que fondo, en este caso Colfondos, afiliara a su trabajadora. Al no dársele supuesto que la norma exige, pues lo que debió haber hecho el empleador era sencillamente realizar esos aportes y esos pagos y continuar realizando esos pagos a partir del 1 de abril al ISS, no entiende el despacho porqué no lo hizo así, y también fue uno de los factores que generaran todas estas fallas que nos convocan hoy a juicio. En tal sentido no habría lugar a la aplicación a este artículo porque la señora no se vinculó a partir del 1 de abril de 1994, ya venía años atrás vinculada. Ello generó entonces efectivamente como se dice una cadena de errores que nos llevan hasta advertir que el primer formulario diligenciado a Colfondos ni siquiera está suscrito por la demandante, si bien es cierto la señora Gloria en su interrogatorio de parte afirma que si firmó, que firmó un formulario, en los formularios que fueron aportados al proceso no se advierte efectivamente que dichos formatos de afiliación hayan sido firmados, si se aceptara que la señora Gloria firmó ese formulario, se desconoce en qué condiciones lo firmó. No hay entonces como tener a ciencia cierta en qué condiciones se afilió la señora gloria, ella confesó que se afilió, punto, pero no tenemos el documento y la prueba documental que nos indique en que condiciones se afilió efectivamente bajo las características de la información suficiente, amplia y oportuna que exige el decreto 720 de 1994, no se advierte esas características de la información, por cuanto no tenemos a ciencia cierta el documento suscrito o no fue aportado, a pesar de que la señora Gloria acepte que lo firmó, no fue aportado al proceso.

Los dos formularios que obran de afiliación de Colfondos, páginas 14 y 145 están sin firma, es mas el de 1999 también está sin firma, pagina 29. Tan es así que obra en el proceso prueba también que se realizó el comité de multivinculación y finalmente definieron que la vinculación correcta había sido la de ING, hoy protección s.a. lo extraño es que tampoco obra dentro del proceso el formulario de afiliación a ING, tampoco fue aportado ese formulario de afiliación, simplemente del SIAF, del sistema de información que utilizan las AFP y que obran a paginas 119, se advierte esa relación desde 1994 con Colfondos, después ING, hoy Protección pero nótese que no hay ningún formulario suscrito por la señora Gloria. Ello teniendo en cuenta entonces las precedentes jurisprudenciales ya conocidos, teniendo en cuenta la sentencia c 345 de 2017 y teniendo en cuenta las sentencias de la Sala de la Casación Laboral SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, reiteradas también, criterios reiterados en sede de tutela como las de este año marzo 18 de 2020, radicaciones 57444, 58266, 58288, implica que en este caso las AFP debieron demostrar cuál fue la información suficiente, amplia y oportuna que se le brindó a la señora Gloria para impedir la nulidad de esta afiliación. Y vaya que si en este caso particular se desprende la inexistencia de unas bases sólidas y del propio desconocimiento de la propia trabajadora de su historia laboral de que se había hecho para conformar, reconstruir o sanear su historia laboral, es decir, que el consentimiento de la señora Gloria, evidentemente con todas estas omisiones no podía ser efectivamente libre y voluntario, con tanta omisión y con tanto desconocimiento de su propia historia laboral. A tal punto que como obra en el expediente la llevaron a iniciar acciones constitucionales para tratar de desenmarañar y desenredar todos sus antecedentes laborales. En tal sentido, es clara la nulidad en este caso y es por esta vía, señora Gloria y doctor Camilo, no por la vía de transición, esa hubiese sido absoluta, es por la vía de la nulidad que la señora Gloria puede regresar al RPM y por tanto así se establecerá en la parte resolutive. Solo para agregar, a pagina 197 obsérvese como Colpensiones no discute la existencia del cálculo actuarial, simplemente menciona que es un error de cargue de información, hasta ese punto llegó Colpensiones en decir que el sistema no lo dejaba cargar, actualizar la historia laboral, situación que obviamente no puede soportar la parte débil de esta relación empleador, entidades de seguridad social y trabajador, siendo pues el trabajador la parte más sensible de esta relación tripartita.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones**, indicó:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900137-01 Dte: GORJA ESPERANZA CABALLERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

En primer lugar, se debe manifestar al tribunal superior que dentro del proceso se vislumbra que existió un formulario de afiliación en el cual la demandante aceptó de manera libre y voluntaria la afiliación al RAIS, por lo tanto al decidir la demandante trasladarse a este, no se vislumbran vicios del consentimiento que así indiquen que la demandante se trasladó por error, fuerza o dolo, ya que la misma dentro del interrogatorio de parte y el formulario de afiliación allegado por Colfondos y por la parte demandante, se vislumbra que la misma lo hizo de manera voluntaria y aceptó las condiciones mismas del régimen. Ahora bien, frente al retorno al RPM, se debe indicar que la demandante ya se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, en la que se señala que la persona no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse, y en ese orden de ideas la señora Gloria ya estaba próxima a cumplir la edad requerida para así retornar al RPM, conforme a ello, se debe también tener en cuenta que las consecuencias jurídicas realizadas en el negocio jurídico entre las partes, esto es, la señora Gloria y los fondos privados con los cuales realizó su vinculación para estar dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, no debe endilgársele ninguna responsabilidad a mi representada, tal y como lo establece el artículo 1602 del código civil. En cuanto al retorno, también se debe manifestar que a la demandante no se le vulneró ninguna expectativa legítima para así determinarse que esta podía regresar en cualquier tiempo y así lo determinó el juez, con lo cual se está conforme con dicha decisión y por lo tanto la carga de la prueba la tenía la parte demandante para demostrar algún vicio del consentimiento y aquí no se demostró ninguno en cuanto a la falta de información. Ahora bien, se debe también indicar que al recibir a la demandante en el RPM se estaría yendo en contravía del artículo 48 de la constitución nacional, toda vez que al recibirla se estaría descapitalizando el sistema de seguridad social, pues si bien la demandante realizó su demanda con el fin de retornar al RPM, esta lo hizo también con el fin de que mi representada reconozca y pague a futuro una prestación pensional financiada con las cotizaciones y aportes de las personas que si han permanecido dentro de este. En cuanto al cálculo actuarial, se debe también manifestar al tribunal superior que mi representada no era la administradora que debía recibir dichos fondos y así lo manifestó en las respuestas a Avianca, toda vez que la demandante estaba afiliada a ING, hoy protección, por lo tanto no se podría realizar el cálculo actuarial, ya que de conformidad con el artículo 9 de la ley 797 de 2003, el valor de la reserva actuarial o título pensional respectivo debe ser recibido a satisfacción de la entidad administradora, en este caso sería la entidad protección; además que mi representada realizó el traslado de todos los aportes pensionales a Colfondos y Colfondos a su vez a Protección, en ese sentido tampoco podríamos recibir dichos aportes entonces, toda vez que no se registraba afiliación a Colpensiones y no se podría registrar un cambio en la historia laboral de la demandante, ya que la demandante no estaba dentro del RPM. El cálculo actuarial le correspondía al fondo privado y no a Colpensiones y por lo tanto, mi representada actuó de buena fe en este sentido, como lo que estoy solicitando es que se revoque la sentencia en cuanto a la nulidad, si sale a favor de mi representada de no recibir a la demandante, quien debe asumir el cálculo es el fondo privado y no Colpensiones.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que el juez de primer grado determinó que se había configurado la nulidad de traslado de régimen pensional que efectuara la señora GLORIA CABALLERO, con destino al RAIS el 4 de mayo de 1994 a través de Colfondos S.A., como se observa de dicho formulario de afiliación visible a folio 13 y allegado por la demandante, el que como lo advirtió el juez de primer grado, adolece de la firma por parte



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900137-01 Dte: GORJA ESPERANZA CABALLERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de esta última.

En este orden, se analizará en grado de consulta a favor de Colpensiones y conforme al recurso interpuesto por esta, si en efecto se configura la nulidad declarada por inobservancia del deber de información en el acto del traslado de la demandante al RAIS. Para lo anterior, sea lo primero señalar que como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, cuando se alega la falta al deber de información, lo pretendido se estudia bajo la óptica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Por lo señalado en precedencia y contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, en este escenario, no le corresponde a la demandante probar la existencia de vicio del consentimiento alguno, pues la figura de la ineficacia, no contempla tal exigencia.

Es así como dicho deber de información ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de nuestra corporación de cierre, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900137-01 Dte: GORJA ESPERANZA CABALLERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

Atendiendo al análisis efectuado, se tiene que como lo concluyó el juez de primer grado, de las pruebas aportadas al expediente, ninguna de ellas da cuenta que a la señora Gloria Caballero, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado a Colfondos en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que dicha AFP, a la que se trasladó en primer momento la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900137-01 Dte: GORJA ESPERANZA CABALLERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900137-01 Dte: GORJA ESPERANZA CABALLERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial antes transcrito, contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, el deber de información bajo estudio, no se suple con la simple firma del formulario de afiliación por parte de la demandante, ya que este sólo contiene algunos datos personales de la demandante y nada respecto a su situación pensional particular.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, de tal manera, el traslado ante dicho, no se puede considerar libre y voluntario como lo manifiesta Colpensiones; circunstancia que impone **modificar** el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, para en su lugar, declarar la **ineficacia**, del traslado de régimen pensional bajo estudio.

Ahora, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no era beneficiaria del régimen de transición o no contaba con expectativa pensional legítima, no es óbice como erradamente lo indica la recurrente Colpensiones para que esta acuda al a jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900137-01 Dte: GORJA ESPERANZA CABALLERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

De tal manera y contrario a lo afirmado por esta demandada, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS, estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente que dicho deber de información no se cumplió.

Ahora, en cuanto al argumento de la recurrente Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, aspecto respecto del cual se **adicionará** el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida en el sentido de indicar que el traslado de aportes allí ordenado a Protección S.A., debe comprender tal rubro como igualmente lo ha dejado sentado la alta corporación de cierre de esta jurisdicción entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900137-01 Dte: GORJA ESPERANZA CABALLERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Botero Zuluaga, razón por la cual, una vez se efectúe el traslado de aportes en mención, empezarán a hacer parte del fondo común propio del RPM.

Igualmente y si bien como lo señala la entidad de seguridad social recurrente, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que nada le impide acudir a la vía judicial, a efectos de que se estudie la validez de dicho traslado de régimen pensional, como quiera que las acciones que envuelven derechos pensionales, son imprescriptibles.

Respecto al punto de reproche en cuanto al cálculo actuarial que quedó demostrado realizó Avianca S.A., a favor de Colpensiones, como se observa en comunicación emitida por esta visible a folio 162 del plenario, mediante la cual esta entidad, le informa a la sociedad en mención que validó el pago de dicho cálculo, por lo que procedería a actualizar la historia laboral de la demandante; si bien como lo indica la entidad recurrente para dicha data la actora no se encontraba afiliada a Colpensiones sino a Protección SA., lo cierto es que dicho pago del cálculo se encuentra en su poder, aunado a ello ante la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional aquí dispuesta es la entidad competente para actualizar la historia labora de la demandante teniendo en cuenta el cálculo actuarial pagado a que se alude, dado que se entiende que la afiliación al RAIS de la actora al RAIS, no existió por virtud de la ineficacia de este.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900137-01 Dte: GORJA ESPERANZA CABALLERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, para en su lugar declarar la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante GLORIA CABALLERO COGOLLOS, a la Colfondos S.A., en el año de 1994.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida, en el sentido de indicar que el traslado de aportes allí dispuesto, debe comprender los dineros descontados por concepto de gastos de administración, conforme lo señalado en la parte pertinente de este proveído.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900137-01 Dte: GORJA ESPERANZA CABALLERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-191'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

En permiso
LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



**Proceso Ordinario Laboral 05 – 2019 – 0488 – 01 DTE: CARLOS IVAN ZULUAGA VELEZ DDO:
PRIMAX COLOMBIA S.A. Y PORVENIR S.A.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 05-2019-0488-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: CARLOS IVAN ZULUAGA VELEZ

DEMANDADOS: PRIMAX COLOMBIA S.A. Y PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la demandada PRIMAX COLOMBIA S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 de julio de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron alegaciones.



ANTECEDENTES

El señor Carlos Iván Zuluaga por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con PRIMAX COLOMBIA S.A. antes EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., entre el 12 de enero de 1983 y el 17 de diciembre de 1989, y en consecuencia para que realice el cálculo actuarial derivado de la falta de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, para el periodo comprendido entre el 12 de enero de 1983 y el 17 de diciembre de 1989, en los términos del decreto 1887 de 1994; que se ordene a Porvenir S.A. para que reciba las sumas ordenadas y los deposite en la cuenta de ahorro individual del demandante. Que se condene a las demandadas al pago de costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, que laboró para la empresa EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., posteriormente DISTRIBUIDORA ANDINA DE COMBUSTIBLES S.A. y hoy PRIMAX COLOMBIA S.A.; que prestó sus servicios entre el 12 de enero de 1983 y el 17 de diciembre de 1989; que ante las demandadas reclamó el pago del cálculo actuarial correspondiente para el periodo laborado, que actualmente se encuentra pensionado por medio de la AFP PORVENIR S.A., desde el primero de diciembre de 2017, entidad que le reconoció como primera misa a pensionar la suma de \$1.197.734, por lo que a su parecer, el capital que se recaude con la presente acción no solo incrementará el número de semanas cotizadas, sino también el valor de la mesada pensional; que el capital a una o la cuenta individual del demandante, asciende a la suma de \$308.836.007; y que la demandada Primax Colombia S.A., tiene el deber de constituir el capital proveniente por el tiempo laborado



a su favor por el demandante, independientemente que este no hubiese estado afiliado al sistema de pensiones al primero de abril de 1994.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada PRIMAX COLOMBIA S.A., contestó la demanda con oposición a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 3 y 5; negó el hecho 4, 6 y 12, y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, pago, prescripción y buena fe.

Por su parte la demandada AFP Porvenir S.A., con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos, aceptó el núm. 2, 7, 9,; negó el 8 Y 10 y negó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación pretendida en la demanda en cabeza de mi representada, cumplimiento de las obligaciones por parte de la AFP Porvenir S.A., cobro de lo no debido y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento CONDENÓ a PRIMAX COLOMBIA S.A. a pagar a la AFP Porvenir S.A., el valor del cálculo actuarial por aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a favor del demandante, para el período comprendido entre el 12 de enero de 1983 al 17 de diciembre de 1989; teniendo como IBC la suma de \$73.800 para el año 1983; 1984 \$101.300; 1985 \$136.000; 1986 \$166.100; 1987 \$237.800; 1988 \$304.100; 1989



\$374.000; Dicho cálculo deberá cancelado dentro 2 meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y a plena satisfacción de Porvenir S.A.

ORDENÓ a la AFP PORVENIR S.A. a recibir el valor del cálculo actuarial, y proceda a efectuar un nuevo análisis de la prestación y establecer su nuevo monto si lo hubiere. Dicha orden se debe cumplir dentro del mes siguiente a que PRIMAX COLOMBIA S.A., efectúe el pago del cálculo actuarial.

ABSOLVIÓ de las demás pretensiones. Sin costas en la instancia.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Desde ya advierte el juzgado que se accederá a las pretensiones de la demanda, en cuanto a que se condenará al ex empleador a realizar el pago del cálculo actuarial por el periodo de tiempo indicado en la demanda, del 12 de enero de 1983 hay 7 de diciembre de 1989, por el 100% de las cotizaciones, pero teniendo en cuenta el salario base de cotización para cada año; se absolverá a Porvenir S.A., simplemente se emitirá una orden para que una vez que ha sido el valor del cálculo actuarial por parte de Primax Colombia SA, proceda a efectuar un nuevo análisis de la prestación y establezca el nuevo valor de la pensión si lo hubiere, sin costas; que entre el proceso fue demostrado y aceptado por la demandada, cómo se observa al contestar los hechos 1 y 3, Primax acepta la vinculación laboral del demandante, a las sociedades que en ese momento tenían ese nombre, del 12 de enero de 1983 al 16 al 7 de diciembre de 1989, hecho que no fue discutido por las partes; que a folio 40 del expediente obra certificación en ese sentido proferida por Primax, en la que se señalan los salarios devengados por el demandante, en dicho periodo de tiempo, que la discusión es, si el empleador está obligado o no a realizar los aportes, pues no hubo un llamado del entonces ISS a los empleadores, y él mismo fue gradual, que solo hasta que se emitió el respectivo acto administrativo fue que se puso cabeza de estos la obligación de realizar los aportes; que en este punto la jurisprudencia es pacífica en el sentido que, no hay ninguna indemnidad frente a estos empleadores, entre otras sentencias, SL738 de 2018, rad.33330 del 14 de marzo de 2018, en la que la Corte reiteró que, “a lo anterior cabe agregar que, con posterioridad a las sentencias SL9856 de 2014, y SL1730 de 2014 la Corte abandonó viejas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total de empleador frente a eventos de falta de afiliación, por falta de cobertura del ISS, a la vez que definió que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones respecto de sus trabajadores, a pesar que no actuaron de manera incuriosa, que en ese sentido es un lapsus en la falta de cobertura debían estar a cargo del empleador, en cabeza suya el riesgo pensional, y que la manera de concretar ese gravamen en esos casos, es facilitar que el trabajador consolide su derecho mediante el traslado de cálculo actuarial, para garantizar que la prestación



**Proceso Ordinario Laboral 05 – 2019 – 0488 – 01 DTE: CARLOS IVAN ZULUAGA VELEZ DDO:
PRIMAX COLOMBIA S.A. Y PORVENIR S.A.**

estará a cargo del ente de seguridad social”. Que Ese deber se encontraba consagrada desde la misma ley 90 de 1946 en el artículo 72 y 76, ese deber de aprovisionamiento de las cuotas proporcionales, en tal sentido existía ese deber, y por tal motivo los ex empleadores deben soportar esa carga; que de acuerdo a los salarios que se advierten en la página 40, IBC que se tendrá en cuenta para realizar el cálculo actuarial, que el punto realmente a discutir es si el empleador debe asumir el 100%, como lo manifiesta la apoderada de la demandada en sus alegatos, en virtud del principio de solidaridad, que en este punto del despacho se aparta de la tesis que, el trabajador debe asumir el 25% toda vez que, el artículo 76 era claro, salvo mejor criterio, que para que el ISS pueda sumir el riesgo de vejez, en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes, lo que indica que no solo debía aprovisionar la parte que le correspondía, sino también a proceder a descontar la parte que le correspondía al trabajador en cumplimiento de ese deber de aprovisionamiento; la tesis de la demandada sería justificar el error del empleador, que no podría alegar su propio error o culpa para excusarse y solicitar que el demandante deba asumir el 25% restante, que el error no puede ser excusa para justificar el reconocimiento de un derecho; que sería una carga desproporcionada como consecuencia de un error del empleador en su momento, que tampoco se puede condenar al ex empleador a pagar el cálculo actuarial con base en el último salario, que las tesis que así lo señalan resultan desproporcionadas para el empleador, que las decisiones de este juzgador son equilibradas tanto para la parte actora como demandada, en caso del demandante que sea el 100% a cargo del empleador, y para el caso de este último que sea por el salario percibido a diciembre de cada año y no con base en el último salario. Que en este proceso no se discute que el demandante esté percibiendo una prestación de vejez, que una vez reciba Porvenir este pago debe hacer un análisis del caso pensional del demandante para establecer si el nuevo monto que recibe y incidirá en un nuevo valor de la mesada pensional.

APELACIÓN

PARTE DEMANDADA PRIMAX COLOMBIA S.A:

“Me permito interponer recurso de apelación, solicitando al Tribunal que revoque la sentencia, con fundamento en, primero, que el fallo desconoce que no hubo una omisión por parte de mi representada, toda vez que, el contrato que unió al demandante con mi representada finalizó antes que hubiera llamamiento obligatorio; segundo, que no surgió a cargo de mi representada, la obligación de hacer el traslado de capital, toda vez que por un lado, no hubo llamamiento antes que terminara el contrato de trabajo vigente entre el demandante representada, y segundo, el contrato no se encontraba vigente para cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, presupuesto que esta misma ley disponía para que fuera procedente el traslado de capital, y tercero, de cualquier manera se está desconociendo la participación económica y compartida que tiene, entre el empleador y el trabajador, para efectos de construir el capital que va a financiar la pensión, que en caso que no se modifique la decisión, que se modifique en el sentido que se involucre al ex trabajador en el pago del 25%, que por ley corresponde, dentro del cálculo actuarial.



CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada PRIMAX COLOMBIA S.A., de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de inconformidad.

En síntesis, la recurrente solicita sea revocada la decisión de primera instancia que no hubo omisión por la empresa y que el contrato de trabajo que unió a las partes finalizó antes del llamado a ésta a afiliarse a sus trabajadores ante el ISS HOY Colpensiones; y que, en caso de que, no se modifique la sentencia se ordene al extrabajador concurrir en el pago de la obligación en proporción del 25%.

En primer lugar, no hay controversia frente a la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes, así como que durante la vigencia de la relación laboral, no hubo cobertura para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por cuanto, como en efecto lo señala la recurrente, para la data en que tuvo vigencia la relación laboral con el actor, la demandada Primax Colombia S.A.S., no estaba llamada a afiliarse a sus trabajadores al ISS; procede señalar ahora, el desarrollo jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al respecto, por ejemplo, la sentencia con radicado 56537 del 18 de julio de 2018, oportunidad en la que reiteró el criterio según el cual, en los casos de falta de afiliación del trabajador para periodos anteriores a la creación del Instituto de los Seguros Sociales, estaba a cargo del empleador, asumir la reserva para el cubrimiento de los riesgos de IVM y por ello, el empleador debe efectuar el pago del cálculo actuarial a que haya lugar:



“Para dirimir la controversia, importa recordar que según la postura actual de la Sala de Casación Laboral, aun cuando no se trate de ausencia de afiliación por omisión, sino por falta de llamado a inscripción, el empleador tiene a su cargo el cálculo actuarial derivado del tiempo de servicios prestado sin cobertura del Instituto de Seguros Sociales. Así se precisó en la sentencia CSJ SL17300-2014, en los siguientes términos:

Sin embargo, a juicio de esta Corte el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no traduce, como lo afirma la empresa, en la total ausencia de responsabilidades ni obligaciones por los periodos efectivamente trabajados por el empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la exégesis del 1613 del Código Civil, porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

El artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer (...); de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al empleador de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, relacionadas con las prestaciones del trabajador.

En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos periodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación.

Desde luego, el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, antes que existir aquel postulado, lo que se propicia es que quede desprovisto de la atención plena e integral, que se le debe por el trabajo desarrollado.



Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta sólo cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustre ese mismo derecho.

Por demás, la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede tener tan drástica repercusión frente a derechos sociales y, si bien podría oponerse la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador, principios y valores de orden superior deben prevalecer en casos como el presente.

Aunque las reflexiones transcritas se expresaron a la luz del literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993 - reiterado en el c) del artículo 9 de la Ley 797 de 2003- y bajo el supuesto de que la relación laboral se hallaba en ejecución cuando comenzó a regir el nuevo sistema integral de seguridad social, no puede perderse de vista el carácter general y comprensivo de las reglas sentadas en esa oportunidad, que ahora sirven de apoyo para afirmar que en el caso bajo estudio, es irrelevante si los contratos de trabajo acreditados en el expediente subsistían o no al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues aún antes de esta, los empleadores tenían sobre sus hombros las cargas pensionales derivadas de los servicios prestados por sus trabajadores, como también lo entendió la Corte en sentencia CSJ SL2138-2016, así:

(...) ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral.

Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de



aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

Lo expuesto, permite concluir que la razón no está del lado de la compañía recurrente, en tanto sus argumentos colisionan contra el principio de la protección integral de la seguridad social a favor del trabajador, sobre el cual también se ha pronunciado la Sala en el contexto del llamado postrero a afiliación del sector petrolero, como puede leerse en la Sentencia CSJ SL3892-2016:

Así fue como esta corporación reconoció el principio de la protección integral de la seguridad social al trabajador subordinado, la cual se logra a través de la entidad de la seguridad social respectiva, siempre y cuando se den las exigencias legales y reglamentarias a cargo del empleador, en cualquier evento en que él deba la atención de riesgos, esto es por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la seguridad social ante la falta de cobertura del ISS, o por la omisión del responsable ya sea en la afiliación o en el pago de las cotizaciones debidas, o porque, como sucede en el caso que ocupa la atención de la Sala, se trata de una empresa que pertenece al sector petrolero que fue llamado a afiliarse mucho después, a partir del 1º de octubre de 1993.

Y tales exigencias deben servir para garantizar que el empleador responda al ISS por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo por su cuenta, pues solo en ese evento él puede liberarse de la carga que le correspondía; sobre todo porque no puede imponérsele al trabajador que, ante la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por el nuevo ente de seguridad social, los cuales estaban en cabeza del empleador al momento de la subrogación, pierda el derecho adquirido, con base en el artículo 260 del CST, a que sus tiempos de prestación del servicio como trabajador subordinado sean computados para obtener la pensión y tenga que comenzar de cero ante el nuevo sistema, y quedar como si no hubiese estado aplicando para conseguir una pensión, a causa de la implementación del nuevo régimen de ese entonces, el cual justamente fundamenta la adquisición de este derecho vitalicio en la suma de cotizaciones al sistema, con independencia de si prestó sus servicios o no ante un mismo empleador.

Queda claro, entonces, que el cambio legislativo que dio lugar a la subrogación de las obligaciones en materia pensional, que se encontraban en cabeza de los empleadores, no conduce a que el trabajador deba recomenzar los esfuerzos adelantados hasta ese momento con su labor diaria, con miras a asegurar su retiro en condiciones dignas; la postura contraria, sostenida por la censura,



conllevaría desconocer derechos adquiridos o en vía de consolidación bajo una expectativa legítima”.

Conforme al criterio jurisprudencial en cita, se tiene que, estaba a cargo del empleador asumir el riesgo pensional de sus trabajadores, aun cuando no estaba llamado a efectuar cotizaciones en favor de estos a entidad de seguridad social alguna, no quedando otro camino que el cubrimiento de la contingencia de vejez a su cargo, mediante cálculo actuarial, no pudiéndose desconocer la prestación del servicio del demandante de la que deriva la obligación de salvaguardar su derecho pensional, y si bien como lo señala la recurrente, para la data en que tuvo lugar la relación laboral demostrada, la asunción del riesgo por vejez, lo era por parte del empleador, lo cierto es que en el caso del actor, la demandada no le otorgó pensión en los términos del entonces vigente artículo 260 del CST, no pudiéndose desconocer, se itera, los periodos laborados por este a favor de la demandada para construir su derecho pensional conforme la normatividad ahora vigente, tal como lo asevera y reafirma la parte actora en los alegatos de conclusión.

Por otro lado, como parte del recurso y del escrito de alegatos por parte de Primax Colombia S.A.S, en cuanto a la proporción en que se debe efectuar el pago del cálculo actuarial a que se condenó, observa la Sala que, le asiste razón a ese extremo pasivo, conforme con el inciso 8° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, norma que señala que a los empleadores les corresponde sufragar el 75% de la cotización, y a los trabajadores el 25% restante, por ende, se **modificará** el numeral PRIMERO de la sentencia apelada, en el sentido indicar que el valor del cálculo actuarial debe reconocerse y pagarse teniendo en cuenta la proporción en la cotización que le corresponde al empleador, esto es, 75%, y al trabajador el 25% restante.



En consecuencia, la sentencia de primera instancia se confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia apelada, en el sentido de señalar que el valor del cálculo actuarial se debe reconocer y pagar teniendo en cuenta la proporción en la cotización que le corresponde al empleador, esto es, 75%, y al trabajador el 25% restante, conforme lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

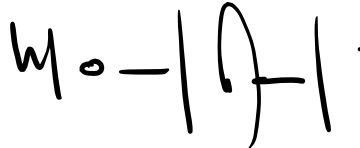
Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



**Proceso Ordinario Laboral 05 – 2019 – 0488 – 01 DTE: CARLOS IVAN ZULUAGA VELEZ DDO:
PRIMAX COLOMBIA S.A. Y PORVENIR S.A.**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - | H |'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

En permiso
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 02-2018-630-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ALFREDO CALDERÓN GARZÓN

DEMANDADO: ESCUELA COLOMBIANA DE CARRERAS INDUSTRIALES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de agosto de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado concedido en auto anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandada.

ANTECEDENTES

El señor ALFREDO CALDERÓN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre él y la demandada, existió una relación laboral desde el 14 de noviembre de 2017 al 30 de noviembre de 2017, que a la terminación del mismo la demandada no le canceló la totalidad del salario, cesantías, interés sobre cesantía y vacaciones correspondientes a su labor docente; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la demandada a



efectuar el pago a su favor del salario causado por la clase dictada el 30 de noviembre de 2017, cesantías, interés a la cesantía, prima y vacaciones causado por el día en mención, aportes a la seguridad social entre el 14 al 30 de noviembre de 2017, indemnización prevista en el artículo 65 del CST. (fls. 2 y 3)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró como docente de la materia electiva *plan de emergencias* de la especialización de Gerencia de la Seguridad y Salud en el trabajo a órdenes de la demandada, entre el 14 al 30 de noviembre de 2017, dictando una materia electiva denominada *plan de emergencias*, en bloques de 4 horas diarias, los días 14 de noviembre 2017, 16, 21, 2, 28 y 30 noviembre de 2017, que el valor del contrato suscrito entre él y la demandada fue de \$1.173.864, por el periodo comprendido entre el 14 al 30 de noviembre de 2017, por lo que el valor de la hora cátedra, ascendió a \$48.911 y la demandada, no pagó las 4 horas cátedra correspondientes al 30 de noviembre de 2017, al igual que las cesantías, interés a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, no cotizó a su favor al sistema de seguridad social integral desde el 14 al 30 de noviembre de 2017.

Refiere que el 12 de diciembre de 2017, envió por correo electrónico a la coordinadora de del postgrado Luz Moncada, las calificaciones definitivas de la materia que dictaba, y el 27 de marzo de 2018, remitió al área de nómina solicitud para el pago de las 4 horas correspondientes a la última clase por él dictada, a lo cual el 20 de abril de 2018, le informaron que la vicerrectoría no había aprobado dicho pago. (fls. 4 a 7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos; aceptó los No. 4, 13, 14 y 17, referentes al valor de la hora cátedra pagada al actor, el correo remitido por este de calificaciones definitivas de la asignatura que dictaba y la solicitud de pago de acreencias laborales por las horas cátedra que reclama y negó los demás.



Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, compensación, buena fe, prescripción y cobro de lo no debido. (fl.72)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió CONDENAR a la demandada a pagar a favor del demandante la suma de \$195.644, por concepto de salarios por las 4 horas cátedra laboradas el 30 de noviembre de 2017, \$32.607,33, por concepto de cesantías causadas por dicha data, \$43,48 por concepto de interés a la cesantía, \$32.067,33, por concepto de prima de servicios, \$1.086,91, por concepto de vacaciones correspondientes a las 4 horas cátedra laboradas el 30 de noviembre de 2017; de igual forma la condenó a efectuar el pago de \$17.607.960, por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 CST y al pago de costas procesales, declarando probada la excepción de pago respecto a la pretensión encaminada al pago de aportes a la seguridad social integral. (fl. 116)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, señalando:

No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo celebrado de manera escrita por obra o labor contratada entre el 14 y el 30 de noviembre de 2017, desempeñándose como docente de la asignatura de plan de emergencias en el programa de la especialización de Gestión de la Seguridad y Salud en el trabajo, tal afirmación tiene sustento en la documental arriada con la demanda y que reposa a folios 85 a 90 del expediente, en donde se observa el contrato de trabajo, además tal hecho fue aceptado por la demandada al momento de dar contestación al escrito introductorio, igualmente anexó el contrato de trabajo. Ahora bien, lo que sí es objeto de controversia en el presente proceso es determinar si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de los salarios causados por la clase dictada el 30 de noviembre de 2017, así como de las cesantías, intereses a las cesantías, la prima, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social integral y la indemnización de que trata el artículo 65 del CST por el mismo periodo, las demás condenas, de acuerdo a las facultades ultra y extra petita y agencias en derecho.

Para empezar, es menester precisar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 167 del CGP, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que les persigue, de igual forma el artículo 164 ibidem prevé que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y el artículo 60 del código procesal del trabajo y la seguridad social, dispone que el juez al proferir su decisión debe analizar todas las pruebas recaudadas. En ese orden de ideas, corresponde a quien alega la condición de trabajador acreditar la existencia del contrato de trabajo, que valga aclarar que de conformidad con el artículo 24 del código sustantivo del trabajo solamente está obligado de demostrar la prestación personal del servicio, así como probar la calidad del empleador del demandado y acreditada la prestación del servicio, se presume legalmente la existencia del contrato de trabajo, salvo que la otra parte desvirtúe dicha presunción con la demostración de los servicios no fueron subordinados, carga procesal que le corresponde. Con todo, en



virtud de las reglas de la sana crítica respecto a la apreciación de las pruebas establecido en el artículo 176 del CGP, aplicable a los procesos laborales por remisión del artículo 145 del CPTSS se encarga de hacer un estudio del material probatorio existente en el proceso.

Reclama el demandante el reconocimiento y pago de las 4 horas laboradas correspondientes al día 30 de noviembre de 2017, por la labor de docente de la electiva de plan de emergencia de especialización de gerencia de seguridad y salud en el trabajo, la parte demandada en su escrito de réplica señaló que el demandante no demostró haber dictado la clase del 30 de noviembre de 2017, además refirió que según la planilla de asistencia la del 30 de noviembre de 2017, no se encuentra suscrita por el demandante. Dentro del material probatorio, las cuales fueron aportadas por las partes, se tienen las siguientes: correo electrónico del 14 de noviembre de 2017, relacionado con los temas de la materia, correos electrónicos del 1 de diciembre de 2017 en donde una estudiante le envía al demandante el trabajo final, del 12 y 15 de diciembre de 2017 donde el demandante envía las calificaciones de la materia, correo electrónico del 14 de diciembre de 2017, donde la universidad solicita la calificación de la materia de plan de emergencias, correo donde el actor solicita el pago de las 4 horas cátedra el 30 de noviembre de 2017, volante nómina de 12 horas de clase, volante de nómina de 8 horas de clase con liquidación, constancia de afiliación a la Eps.

La parte demandada allegó contrato individual de trabajo, copia de liquidación de prestaciones sociales y copia de las planillas de asistencia de los docentes. Así mismo, absolvió interrogatorio de parte el demandante en el que manifestó si bien la universidad le hizo una liquidación también lo es que no le liquidaron las 4 horas prestadas el día 30 de noviembre de 2017, que realizó los trámites administrativos correspondientes y formatos que pide la universidad para el pago de las horas no firmadas, el cual fue diligenciado en su totalidad, indicó que no tiene soporte de los formatos diligenciados, toda vez que son de uso exclusivo de la universidad y que si bien no firmó la planilla de asistencia como docente, se debe a que la clase se extendió por estar en sustentaciones finales y esta ya no se encontraba disponible para la firma. Igualmente, rindió declaración el señor Fernando Molina Herrera, alumno del demandante para la época de los hechos, quien declaró en esta instancia que conoce al actor porque era su docente, que fue contratado por la universidad ECCI para dictar la asignatura del plan de emergencias en el programa de gestión de las seguridad y salud en el trabajo, que el trabajo final lo presentaron en grupo con Jorge Serrato y Yudy Beltrán, al docente Alfredo Calderón el cual se denominó plan de emergencias para la eds Cajicá Tocancipá bomba terpel, que el 1 de diciembre envió correos electrónicos al docente con las correcciones del día anterior, que el 30 de noviembre fue el último día de clase dictado por Alfredo Calderón, que se día se programó la presentación y sustentación de trabajos finales, todos equivalentes en un porcentaje acumulado del 30% y el final a un 40%, que toda la clase fue a la presentación y sustentación del trabajo, que la clase finalizó a las 10:25 de la noche, que la clase termino a esa hora porque ellos venían acosados en la gestión del problema por una contingencia que tuvo el mismo, que la coordinadora del programa marlene Moncada fue a interrumpir dicha clase a las 8:30 de la noche porque iba a ver un evento de clausura y a comunicarles unas tareas adicionales para cerrar el programa en dicha época. Que ellos como iban tan atrasados, se quedaron como 3 o 4 grupos para sustentar el trabajo del plan de emergencias en salud.

Frente a los correos electrónicos aportados con el escrito de demanda el juzgado debe señalar que se deben valorar acorde con las previsiones del código general del proceso, que el artículo 243 de esta disposición enseña que tales mensajes son considerados documentos en los siguientes términos: Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares. Acorde con lo anterior, los mensajes de datos deben ser valorados y apreciados como documentos, en especial, en la forma prevista en el artículo 247 de la misma norma que nos señala: valoración de mensajes de datos. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca



con exactitud. La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos. En ese orden de ideas, como pruebas documentales están los correos electrónicos antes citados que cumplen con los requisitos exigidos por el artículo 247, al ser aportados en el formato en que fueron generados, enviados o recibidos o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud, y adicionalmente porque la norma señala que la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con la reglas generales de los documentos, por tanto, al no ser tachados o desconocidos por ninguna de las partes, el juzgado dará validez a los correos electrónicos aportados con la demanda en cuanto a su contenido. Procedo entonces a analizar cada uno de los correos electrónicos allegados al plenario, a folio 18 y 19, observo correo electrónico del 14 de noviembre de 2017, en donde la universidad a través de la señora Luz Marleny Moncada Rodríguez remite los temas que el anterior profesor de plan de emergencias le informó a los estudiantes, al aquí demandante y a la dirección de posgrados, a tal punto que se identifica como contenido electiva plan de emergencias. A folio 20, correo electrónico de fecha 1 de diciembre de 2017, en donde el señor Fernando Molina envía entrega virtual de la presentación final realizada sobre el análisis efectuado al plan de emergencias aralas Terpel Gachancipá, con las correcciones efectuadas por el docente en clase correspondiente al día 30 de noviembre de 2017, presentada por los señores Yury Beltrán González y Jorge Serrato Sosa y Fernando Molina herrera con envío de copia a correos electrónicos. A folio 21, otros correos electrónicos del 12 y 15 de diciembre de 2017, donde el demandante envía a la señora Luz Marleny Moncada Rodríguez unas calificaciones de la materia del plan de emergencia, con copia a la dirección de correo electrónico de posgrados y a Alex Rivera, con documento adjunto que se identifica como como considerado alumnos 2017-3, en archivo pdf. Así mismo correo en donde remite al correo electrónico asistente.posgrados.ecci.edu.co y a la señora Luz Marleny Moncada Rodríguez los listados de los alumnos y sus notas correspondiente a la materia plan de emergencia, en su horario martes y jueves de 6 a 10 pm. A folio 22 y 23, correo electrónico de fecha 14 de diciembre de 2017, donde solicita Moncada Rodríguez a los docentes que terminaron las asignaturas de la especialización de la seguridad de salud en el trabajo para la entrega de catedra y el listado de notas en físico y original, anexo formatos instructivo que subieron al sistema ARC a más tardar el 15 de diciembre en la oficina de posgrados, 5 piso cdp y finaliza dando las gracias por el trabajo realizado en ese periodo y anexa documentos adjuntos identificados como instructivo calificación posgrados crdo003, masfr planeación, seguimiento catedra y formato para calificaciones en donde se observa a uno de los cuales se le envió esa solicitud fue al demandante. A folio 24, correos electrónicos de fecha 27 de marzo de 2018, en donde el demandante solicita información sobre su inconsistencia en el pago de nómina dirigido a nomina.ecci.edu.co por el pago de las 4 horas de clase el 30 de noviembre de 2017 de la materia plan de emergencias, en el cual manifestó que por estar con sus alumnos en la noche subió muy tarde a la dirección de la especialización y no logró firmar la constancia de clases ese día, por tal razón, en nómina no apareció dicho pago, también se observa que le envió copia de dicha solicitud a un correo identificado como pineda.lady@ecci.edu.co, con el objeto de contar con su ayuda, pero este rebotó, como se observa a folio 25. A folio 30 y 32, observo documento enviado al demandante sobre la recepción de su reclamo 1900130, enviado a la universidad y en la que le informan que se trasladará a la instancia pertinente. Allí se observan los datos del demandante y la descripción de su situación, a folio 34, correo electrónico del 20 de abril de 2018, donde la universidad da respuesta a la solicitud de pago de horas no firmadas dirigido al señor Alfredo Calderón, donde le informan que la respuesta que obtuvimos de la vicerrectoría fue de no aprobación de la solicitud debido a que son horas del año pasado, como se puede evidenciar el señor Calderón realizo todos los tramites administrativos. A folio 37, volante de nomina de 12 horas de clase, se observa que al señor Calderón le cancelaron estas horas de clase por valor de \$507.978, incluido el descuento que se le realizó. A folio 38, volante de nomina de 8 horas de clase con liquidación y allí se observa que le cancelaron la liquidación por un valor de \$591.139 por 8 horas cátedra dictadas, incluidas las prestaciones sociales.

De conformidad con lo escurrido y analizadas las anteriores pruebas en su conjunto debe partirse por decir que para analizar el testimonio rendido es necesario recordar que según el numeral 3 del artículo 221 del código general del proceso, el juez pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo, para lo cual exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de



tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento. Así las cosas, del análisis de las documentales allegadas y del testimonio rendido por parte del señor Fernando Molina Herrera, claramente se puede inferir que el demandante dictó la clase de 30 de noviembre de 2017, pues así se corrobora en la declaración del testigo al manifestar que el actor era su docente, para la asignatura del plan de emergencias en el programa de gestión en la seguridad y salud en el trabajo y que el 30 de noviembre fue el último día de clases en la que se sustentaron y se presentaron los trabajos finales que equivalían a un porcentaje de 30% y 40%, y que dicha clase se extendió debido a la clausura y las tareas adicionales para cerrar el programa que les informó la señora Marlene Moncada, por tanto finalizó a las 10:25 de la noche. Conforme a lo anterior, conviene anotar que la jurisprudencia y la doctrina han señalado que el examen de la prueba testimonial en ningún momento se traduce en que el juez debe admitir, sin más la opción ofrecida por los declarantes, pues de ser así la función judicial en este sería meramente notarial, por el contrario como lo dijo la corte constitucional en sentencia C 622 de 1998, la ponderación de una prueba como el testimonio, obliga al juez a desplegar su actividad con miras a determinar la fuerza de convicción del mismo, para lo cual deberá remitirse a criterios de lógica y experiencia que le permitan valorarla en su real dimensión, sin que ello implique, como lo afirma el actor, que se quebrante la presunción de buena fe que se atribuye a todas las actuaciones de los particulares. Si ello fuere así, la labor del juzgador se limitaría al registro de la versión, de la cual no podría dudar, lo que dejaría sin sentido su actuación e impediría el objetivo último del proceso, que no es otro que el arribo a la verdad material. Esa directriz está en plena armonía con los elementos consagrados en el artículo 61 del CPTSS, que autorizan al juez laboral formar libremente su convencimiento inspirándose en los principios implícitos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.

Es así pues que para el despacho el testimonio rendido por el señor Fernando Molina Herrera es claro al exponer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que el docente dictó la clase el día 30 de noviembre de 2017, pues fue su alumno de su cátedra en la universidad demandada para la época de los hechos y así mismo llegó a su conocimiento, toda vez que siendo su alumno para ese día tuvo conocimiento, declaración que es coherente con los correos electrónicos enviados al docente sobre las correcciones de su trabajo final en grupo. Así las cosas, está demostrado que el demandante Alfredo Calderón dictó la clase correspondiente al 30 de noviembre de 2017 en el horario de las 18 a las 22 horas, lo que lo hace acreedor a recibir el pago por parte de la demandada, pues ha de decirse que ninguna prueba refuta la prestación de ese servicio, pues tan solo la demandada se limitó a verificar en la planilla aduciendo que como no estaba firmada por el trabajador no había prestado el servicio. Cuando las pruebas anteriormente mencionadas indican lo contrario y la explicación dada por el docente es valedera en cuanto a que al finalizar su jornada no encontró la disponibilidad del acta para su respectiva firma. Ahora bien, frente al pago del salario y las facturas reclamadas no está acreditado el mismo por cuanto el documento que reposa a folio 38 del expediente, volante de nómina de segunda quincena, se evidencia que al demandante se le canceló 8 horas de cátedra, cuando este laboró las 12 horas faltando entonces las 4 horas de cátedra que reclamaba por lo que se debe condenar al pago de las mismas, las cuales ascienden a la suma de 195.644, comoquiera que dicho valor no fue incluido en la liquidación de las prestaciones sociales, se procederá entonces al reajuste de las prestaciones de la siguiente manera: pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios, pretende el demandante se condene a la demandada a pagarle sus cesantías, los intereses, la prima de servicio y vacaciones por las 4 horas laboradas y no pagadas el día 30 de noviembre de 2017, la entidad demandada manifestó que el actor una vez finalizado el contrato de trabajo le fue liquidada en debida forma el contrato de trabajo y que se le pagaron las cesantías, prima legal de servicios, intereses, vacaciones y el salario adeudado el 30 de noviembre. Al revisar la liquidación que obra a folio 83, se evidencia que la demandada incluyó en la liquidación 8 horas cátedra cuando en realidad eran 12 horas, incluidas las 4 que se acaban de reconocer por el día 30 de noviembre de 2017 y que no fueron pagadas, razón por la cual se procede a condenar a la demandada conforme las consideraciones que anteceden a la reliquidación de estas prestaciones, teniendo en cuenta las operaciones aritméticas efectuadas por el liquidador designado por el consejo superior de la judicatura son de la siguiente manera: cesantías, \$31.607; intereses a las cesantías



\$43.48; prima de servicios \$31.607.33; vacaciones, \$1.086.91, para un total de \$66.345.

Reclama el actor del juicio condena en contra de la universidad ECCI para que proceda a realizar el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales para el periodo del 14 al 30 de noviembre de 2017, la demandada en su escrito de replica manifestó que fueron cancelados los aportes al sistema de seguridad social integral, observa el despacho que la demandada con el escrito de contestación allegó el certificado de aportes correspondientes a los 17 días de noviembre de 2017, con planilla número 8474080968 y recibo de pago 3568404 y de igual manera la planilla 8475140968 y recibo de pago 309810857 que corresponde a 28 días del mes de diciembre de 2017, por lo que no se emite condena alguna por este concepto. Establecido lo anterior, procedo a determinar si al demandante le asiste derecho al pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo por el periodo causado. Esta indemnización moratoria contenida en la disposición ya citada nos señala que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo; sin embargo, este artículo ha tenido un desarrollo jurisprudencial encaminado a establecer el estudio de la mencionada carga, desde una óptica circunstancial, es decir, observada las situaciones particulares que dieron origen a la omisión para establecer si aflora o no la voluntad o no de los demandados. Así las cosas, se debe entrar entonces a analizar la buena o mala fe del empleador, y al respecto la honorable corte suprema de justicia en su sala de casación laboral, en sentencia 46574 de fecha 19 de octubre de 2016, con ponencia del doctor Gerardo Botero Zuluaga, en relación con este tema ha sido reiterativa en señalar que se debe abordar el estudio de la conducta del empleador omiso, esto es si estuvo revestida de mala fe, caso en el cual, habrá lugar a imponer condena por concepto de indemnización bajo estudio; para el caso en concreto, resulta evidente que la demandada Universidad ECCI elaboró a la terminación del contrato una liquidación final de prestaciones sociales que corresponde al demandante, allegada a folio 83, sin embargo debe tenerse en cuenta que el valor que arroja dicha liquidación no incluye las 4 horas cátedra arrojadas al actor, la demandada universidad ECCI no demostró ningún pago por concepto del salario por las 4 horas cátedra dictadas el día 30 de noviembre de 2017, y si bien es cierto al momento de la contestación de la demanda que realizó el pago de la liquidación, como se vislumbra a folio 83, lo cierto es que como lo señaló la jurisprudencia antes anotada debió demostrar que actuó de buena fe, lo que no está acreditado en el expediente, toda vez que su defensa solo se fundó en que la planilla donde se reporta el trabajo no aparece firmada, por tanto la demandada se abstiene de no pagar clases que no fueron firmadas en la planilla, cuando lo cierto es que quedó demostrado que el actor si laboró las 4 horas cátedra motivo de este litigio, lejos de acreditar que al menos realizó una investigación al interior de la institución con sus alumnos a cargo, formatos de préstamos de elemento de trabajo o interrogar a sus empleador del área administrativa para entrar a establecer la prestación del servicio de las 4 horas cátedra adeudadas. Queda claro entonces para este despacho que el actuar del empleador fue desleal, incorrecto y deshonesto frente a su trabajador, pues su omisión no se encuentra por razones serias, por lo tanto se condenará a la demandada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria a partir del día siguiente desde la fecha de retiro, esto es, 1 de diciembre de 2017, a razón de un día de salario por cada día de retardo hasta el 1 de diciembre de 2019, y a partir del 2 de diciembre de 2019 intereses conforme se indica en las normas a que se refiere el correspondiente pago, téngase para estos efectos como último salario la suma de \$195.644, correspondiéndole el valor de un día la suma de \$24.456 para un total de \$17.667.960 y ante la prosperidad del pedimento relacionado con la indemnización moratoria, no hay lugar a impartir condena alguna por concepto de indexación, toda vez que la misma se fue a valor presente.

Comoquiera que la demandada propuso la excepción de prescripción, el juzgado se pronunciará sobre la misma en los siguientes términos: el artículo 488 del CST dispone que los derechos laborales prescriben en un término de 3 años desde la fecha en que se hicieron exigibles y el artículo 151 del CPTSS señala que dicho término puede interrumpirse por un lapso igual mediante la reclamación escrita del trabajador recibida por el empleador. En el caso de autos, el escrito de la demanda fue presentado el 26 de septiembre de 2018, como se desprende de la hoja de reparto que reposa a folio 42 del



expediente, y la demanda se notificó personalmente el 18 de marzo de 2019, por tanto no operó el término trienal señalado, razón por la que se decretará no probada la excepción de prescripción. Dadas las results del proceso, el despacho se relevará del estudio de las restantes excepciones propuestas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

No se comparte la decisión que adoptó el despacho, única y exclusivamente frente al cálculo del monto a que correspondería un día de salario según los hechos probados en el proceso, no hubo controversia frente a los extremos del contrato de acuerdo a lo manifestado en la contestación, frente a la pretensión 1 acerca de los extremos contractuales. Además tampoco hay controversia frente al valor de la hora cátedra. De acuerdo a los desprendibles de nómina, la universidad cancelo un total de 20 horas de clase, correspondientes a las clases de los días 14, 16, 21, 23, 28 de noviembre de 2017, a razón de 4 horas por clase, quedo debiendo al trabajador la clase del 30 de noviembre de 2017, correspondiente a 4 horas. El valor de la hora fue de \$48.911, es decir, que el contrato fue por un valor de \$1.173.864, por 17 días que duró el contrato, desde el día 14 de noviembre de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2017; lo anterior, para que se tenga en cuenta, según el criterio del despacho, para el cálculo de la sanción moratoria del artículo 65 del CST. Es decir, que el valor de un día de salario correspondería a la suma de \$69.050 diarios.

La parte demandada indicó:

Adelantándome al sentido de mi recurso, le solicito a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá, la revocatoria de manera principal, total de la condena impuesta en este momento por parte del juzgado 2 laboral hacia mi representada, toda vez que el juzgado sustentó su decisión, inclusive así lo manifestó, en unos documentos que fueron aportados en el expediente corresponden a unos correos electrónicos o unas presuntas copias de correos electrónicos. El despacho manifestó de manera clara y contundente que le daba la validez a estos documentos, toda vez que fueron aportados en el mismo medio en que fueron emitidos, sin lugar a dudas esto es un gran error, un yerro cometido por el despacho, no es aceptable que se considere que los documentos o esas copias de correos electrónicos se hayan expedido en el mismo medio en que fueron emitidos, como lo exige la ley 527 de 1999, al igual que de vieja data lo señala la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral e inclusive ha sido ratificado hace bastante poco a través de la sentencia SL1887 de 2020, toda vez que aquí lo único que existieron fueron unas meras impresiones de unos documentos pero para que hayan sido presentados en el mismo medio a través del cual fueron emitidos, debería de haberse puesto en consideración a través del sistema web, mas no a través de unas simples impresiones, estas son unas simples impresiones que demuestran que ni siquiera se puede demostrar mas bien, quien fue el emisor del correo electrónico, si lo recibieron o no, e inclusive el despacho en una de sus consideraciones manifestó que uno de los correos electrónicos había “rebotado” en ese orden de ideas entonces, no se entiende como se le pudo haber dado credibilidad a unos documentos que no fueron emitidos en su mismo sistema en el que fueron expedidos o transmitidos, recordemos que los mensajes de datos viajan en una red etérea que debe ser puesta en conocimiento en los procesos judiciales a través del mismo sistema web. Recordemos lo dicho entonces por la sala laboral de la corte suprema de justicia, sentencia SL1887 de 2020, en la que dijo: “si bien es cierto la ley 527 de 1999 reconoce a los mensajes de datos admisibilidad como medio de prueba, así como fuere fuerza demostrativa y que la jurisprudencia ha admitido que el correo electrónico es equivalente al documento escrito, sentencia de la sala de casación civil corte suprema de justicia, 7 de febrero de 2008, con radicación número 200106915-01, también lo es que para que pueda ser tenido como medio calificado para efectos, se debe tener certeza sobre su autenticidad con el cumplimiento de los protocolos establecidos en la misma ley, consistentes en la prueba técnica que avale o certifique su proveniencia



y permita identificar al iniciador o la aceptación de este sobre la autoría del documento y su contenido como lo prevé el artículo 7 de la ley 527.” En ese orden de ideas, señora juez, aquí en este proceso, esos documentos que fueron aportados no demuestran, como lo establece el artículo 7 de la ley 527 de 1999, su firma, la autenticidad, la veracidad, la recepción del medio electrónico, en ese orden de ideas dichos documentos carecen de validez por no haber sido aportados en el mismo sistema o a través del mismo sistema del que fueron expedidos. Ahora bien, si bien es cierto en este proceso hizo parte el señor Fernando molina como testigo, vale la pena recalcar que el señor Fernando molina manifestó que había recibido una clase por parte del señor Arturo Calderón Garzón el 30 de noviembre de 2017, no obstante, el señor Fernando molina no manifestó tampoco ni siquiera que dicha clase hubiera sido tan puntual el 30 de noviembre de 2017, simplemente se refería o se limitaba a manifestar que se acordaba de esa situación por cuanto había un correo electrónico que él le había dicho al profesor a través del que le envió el proyecto o trabajo de finalización de la materia, en la que le decía que de acuerdo a la clase anterior, no obstante repito, ese correo electrónico también aquí en este proceso no puede ser validado, no puede ser valorado de acuerdo a las reglas establecidas por la ley como por la jurisprudencia de la corte suprema de justicia.

Del mismo modo, le solicito a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá, revocatoria si bien llegan a considerar que efectivamente el señor Alfredo Calderón Garzón prestó sus servicios de manera personal el 30 de noviembre de 2017, en ese orden de ideas, revocar la decisión correspondiente a la condena en la sanción moratoria, establecida en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, pues es otro un yerro cometido por el despacho en esta decisión que se acaba de notificar, por cuanto claramente de manera automática condenó mi representada al pago de esta sanción moratoria, más allá de las consideraciones hechas por parte del despacho, en una sentencia proferida en el 2010 por Sala Laboral de la Corte, por el magistrado Ponente doctor Gerardo Botero Zuluaga, pues claramente comete un yerro porque no hizo una valoración correcta de la buena fe que se presume constitucionalmente en todos los habitantes o personas del territorio nacional, y le solicito esto toda vez que manifestó que la buena fe no estaba acreditada, sin embargo, desde todo momento mi representada ha considerado que no la adeuda ninguna suma de dinero al demandante, lo manifestó no solamente en este proceso sino se lo ha manifestado desde la finalización del contrato de trabajo y claramente tiene una plena y coherente convicción de no deberle ni adeudarle ninguna suma de dinero, lo manifestó desde la contestación de la demanda, al igual que a través de los comprobantes de nómina y de la liquidación que fue pagada. Sino hubiera sido así, mi representada hubiera reconocido algún tipo de suma de dinero, claramente se hubiera ordenado ese pago. Pero al tener una convicción clara y contundente de no deber alguna suma de dinero, ni mucho menos el correspondiente salario al 30 de noviembre de 2017, pues no lo hubiera adeudado como lo consideró el despacho, esto es apenas claro por lo siguiente: por cuanto más allá de que en todo momento lo haya manifestado, la planilla que es el documento que demuestra si el docente prestó o no el servicio, planilla que el docente Alfredo Calderón Garzón reconoce y supo y tenía pleno conocimiento que debía ser diligenciada para que todos los pagos hubieran sido cancelados, pues el demandante no la suscribió, en ese orden de ideas para mi representada no se había demostrado en ningún momento que existiera la prestación del servicio el 30 de noviembre de 2017, si lo hubiera sabido claramente lo hubiera pagado.

En ese orden de ideas, la buena fe, por el contrario, si quedó demostrada, quedó demostrada con la defensa y con los argumentos que han sido expuestos de manera clara y coherente no en este proceso, sino con posterioridad al 30 de noviembre de 2017, ya que con una convicción total no ha considerado que le adeudara alguna suma de dinero más allá de lo considerado en este despacho. Y claramente, si hubiera sido así también el mismo despacho, vuelvo y digo, condena a mi representada de manera automática simplemente por adeudarle el salario del 30 de noviembre de 2017, pues sino fuera así, se hubiera hecho el análisis de lo establecido por la corte suprema de justicia en la sala laboral, posición que se encuentra claramente decantada y que es pacífica y reiterada respecto a si procede o no la sanción moratoria cuando la suma adeudada es una cifra irrisoria, es decir cuando mi representada claramente reconoció y pago la liquidación definitiva de prestaciones sociales, había pagado los salarios, pues no iba a tratar de apropiarse o quedarse con unos recursos que eran prácticamente insignificantes frente a la deuda total, esto es, pues lo fue analizado por la sala permanente de la corte suprema de justicia en diferentes sentencias, básicamente traigo



a colación la sentencia del 14 de septiembre de 2009, magistrado ponente Francisco Javier Ricaurte Gómez, con radicación 33810 en la que ratifico la posición establecida en la sentencia del 22 de julio de 2008, radicación 30076, igualmente del magistrado ponente Francisco Javier Ricaurte.

Es claro a todas luces que mi representada había cancelado el salario, había cancelado las prestaciones sociales, prueba de ello está dentro del expediente y que el demandante nunca lo solicita ni está reprochando que no se le hubiera pagado la correspondiente liquidación que aportó mi representada, adicionalmente, señora juez, pues las cifras que corresponden a mas o menos las prestaciones sociales y las vacaciones suman mas o menos \$65.000, y el salario de \$195.000, cuando mi representada había cancelado claramente ya la cifra adicional por los días adicionales de salario, y su actuar convincente tanto es así que el despacho no condenó a ningún concepto correspondiente a los aportes a seguridad social, es decir, mi representada tenía pleno conocimiento que no le adeudaba suma de dinero alguna al demandante. En ese orden de ideas, pues se observa cada vez que el demandante había suscrito las planillas de asistencia, mi representada había cancelado lo correspondiente a lo trabajado entre el 14 de noviembre y el 30 de noviembre de 2017, de esta forma se trata de cifras que no correspondieron y que mi representada no se quería apropiar, ni mucho menos, es decir, no puede concederse una aplicación a la sanción moratoria de forma automática, como lo hizo el despacho. Por lo tanto, le solicito a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá, que si considera y mantiene su posición respecto a la prestación del servicio el 30 de noviembre de 2017, revoque la decisión contemplada respecto a la sanción moratoria, reiterando que dicha pretensión no puede proceder por cuanto mi representada en todo momento demostró la buena fe con la que ha actuado, de esta forma dejo sustentado mi recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, teniendo como puntos de inconformidad, la prestación del servicio del demandante a favor de la demandada el día 30 de noviembre de 2017, de determinarse ello, se analizará si hay lugar a confirmar la condena por concepto de indemnización moratoria y de ser así, cuál sería el valor del salario diario devengado por el actor.

Para resolver lo anterior se tiene que en el presente asunto, no ofreció reparo la existencia de la relación laboral del actor a favor de la demandada, a través de contrato de trabajo suscrito en la modalidad de obra o labor contratada por ambas partes que obra a folio 85 del plenario y que no fue objeto de tacha, del que se desprende que el actor fue contratado para ejercer el cargo de docente de posgrado desde el 14 de noviembre de 2017 y hasta la finalización del periodo académico.

Conforme lo anterior, procede en primer lugar determinar si el actor prestó sus servicios para la demandada el 30 de noviembre de 2017, prestación de



la que deviene el pago de los emolumentos pretendidos y que niega la demandada aduciendo que el actor no suscribió la planilla de asistencia de docentes en la data en mención, de lo que se desprende que no prestó sus servicios. A este respecto y si bien la decisión de primer grado le otorga valor probatorio a los correos electrónicos que reposan de folios 21 a 34; lo cierto es que como bien lo indica la recurrente, todos ellos carecen de firma, razón por la cual, no es posible otorgarles dicho valor ya que como en efecto lo indica la demandada, no cumplen con los requisitos previsto en la Ley 527 de 1999, cuestión que ha sido reiterada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL3591 de 2020 M.P. Luis Benedicto Herrera, oportunidad en que se indicó al respecto:

Sobre el alcance probatorio de los correos electrónicos, resulta pertinente traer a colación lo adocetrinado por esta Corporación en sentencia SL1847-2018, en la que enseñó:

Sobre el tema de valoración de los correos electrónicos, esta Sala en la sentencia CSJ SL, 18 ago. 2010, rad. 36672, sostuvo:

Para que los correos electrónicos puedan ser estudiados en casación se debe tener certeza de su autoría atendiendo los protocolos establecidos en la Ley 527 de 1999. Así lo enseñó esta sala en la sentencia con radicado 34559 de 2009:

*“Sobre estos documentos precisa la Corte, que si bien es cierto la Ley 527 de 1999 reconoce a los mensajes de datos admisibilidad como medio de prueba, así como fuerza demostrativa, y que la jurisprudencia ha admitido que el documento electrónico “es equivalente al documento escrito” –sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 7 de febrero de 2008, rad. N.º 2001-06915-01, **también lo es que para que pueda ser tenido como medio calificado para efectos de la casación del trabajo, se debe tener certeza sobre su autenticidad con el cumplimiento de los protocolos establecidos en la misma Ley consistentes en la prueba técnica que avale o certifique su proveniencia y permita identificar al iniciador, o la aceptación de éste sobre la autoría del documento y su contenido como lo prevé el artículo 7º de la Ley 527 en comento**”.* (Negritas y subrayado fuera de texto).

En este orden, debe reiterarse, que para poder tener los correos electrónicos como prueba hábil en casación laboral, necesariamente se requiere determinar quién fue el iniciador del mensaje, salvo que este haya sido aceptado por su autor, tal y como lo prevé el artículo 7 de la L. 527/99, que dispone:

Artículo 7º. Firma. Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;

b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma.



Conforme lo señalado en precedencia, se observa que ninguna de los requisitos antedichos los satisface los mensajes de correo electrónico en comento, como quiera que se itera, carecen de suscripción y únicamente se evidencia el nombre del presunto remitente de estos, no se logra determinar el recibido del mismo por parte en este caso de la demandada y si en efecto las presuntas respuestas emitidas por esta, realmente son de su proveniencia, por lo que con dichas documentales, no es posible establecer la prestación del servicio del actor en su labor docente el 30 de noviembre de 2017.

No obstante ello, se observa que no ocurre lo propio respecto del correo electrónico que reposa a folio 20 del plenario, del cual se observa que fue remitido el 1 de diciembre de 2017 por Fernando Molina Herrera al aquí demandante y en el que señala que a través de este hace entrega virtual de la presentación realizada sobre el *análisis efectuado al plan de emergencias ARA EDS Terpel Gachancipá, con las correcciones efectuadas por ud, en la clase correspondiente al 30 de noviembre de 2017*, dicho contenido de este mensaje fue aceptado en diligencia testimonial que absolviera el señor Fernando Molina, en la que corroboró que el 30 de noviembre de 2017, el actor dictó clase de manera presencial y en dicha oportunidad, presentaron y sustentaron por grupos los trabajos finales de la asignatura a los que se le había asignado un 40% de la nota final.

Es así como del dicho del testigo en mención que no fue objeto de tacha y quien corroboró la autoría de dicho mensaje de datos visible a folio 20 del plenario que da cuenta que el actor dictó clase el 30 de noviembre de 2017, además de su dicho que no ofrece dudas, se logra determinar la prestación del servicio del demandante en dicha data, clase que a su vez culminó aproximadamente a las 10:25 p.m., como lo refirió la testimonial en comento, afirmación que coincide con lo expresado por el actor, al afirmar que no había alcanzado a suscribir la planilla de asistencia docente dicho día, debido a que la clase se extendió más allá del horario previsto para su finalización.

Determinado lo anterior, procede analizar la Sala si hay lugar a confirmar



la condena por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST. Sobre el particular y como bien lo indicó la juzgadora de instancia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado, entre otras en sentencia SL 3858 de 2020 que para la imposición de esta condena se debe analizar el actuar de la demandada, de acreditarse que omitió caprichosamente el pago de las acreencias laborales causadas a favor del trabajador, se abre paso su imposición, de lo contrario si demuestra que su actuar obedeció a razones atendibles, se exonera de la misma.

Es así como, indica la demandada que no efectuó el pago de las acreencias laborales correspondientes al 30 de mayo de 2017, como quiera que la planilla de asistencia docente no fue suscrita por el actor, cuestión que es aceptada por este último, quien señaló que no alcanzó a suscribirla debido a la hora avanzada en que terminó la clase; de tal circunstancia, así como de que el actor únicamente reclama el pago de las horas cátedra laboradas en dicha data, junto con las prestaciones causadas igualmente ese día, se evidencia que el actuar de la demandada en la omisión del pago de la labor efectuada por el demandante el 30 de noviembre de 2017, no se encuentra revestida de mala fe, ya que como lo señala la Universidad recurrente y de ello allegó prueba al plenario, cumplió con las obligaciones derivadas del contrato suscrito con el actor visible a folio 85, durante la vigencia de este, quedando igualmente demostrado en primer grado que cumplió con el pago de aportes al sistema de seguridad social a favor del actor y su negativa a efectuar el pago de la labor que ejecutara el demandante el 30 de noviembre de 2017, se debió a la falta de un requisito administrativo como lo fue la firma por parte del docente de la planilla de asistencia a clase del día en comento, circunstancia de la que no se puede derivar un actuar de mala fe de la demandada, pues se itera, no se alegó ni probó que esta parte fuera reiterativa en omitir el pago de las obligaciones surgidas con el trabajador demandante.

Así las cosas y contrario a lo señalado por la juzgadora de instancia, no se vislumbra un actuar enmarcado en el campo de la mala fe por parte de la demandada como bien lo indica esta en sus alegaciones, circunstancia que impone **revocar** el numeral SEGUNDO de la sentencia recurrida, referente



a la condena por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 CST; en su lugar, se ordenará **indexar** las sumas objeto de condena señaladas en el numeral PRIMERO de sentencia recurrida con el fin de compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Por último y ante la improcedencia de la condena por indemnización bajo estudio, la sala se releva del estudio de la cuantía de la misma como punto de reproche elevado por la parte demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

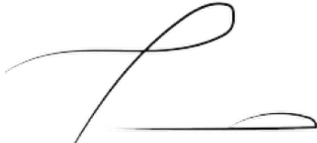
PRIMERO: REVOCAR el numeral SEGUNDO de sentencia apelada, para en su lugar, ordenar a la demandada efectuar el pago de la sumas objeto de condena señaladas en el numeral PRIMERO de manera **indexada**, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02-2018-630-01 Dte: ALFREDO CALDERÓN GARZÓN Ddo.: ECCI

M - E - S - B

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

En permiso
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 01 2019 022 01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CARMEN LUCY RINCON MARTINEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 17 de junio de 2020, dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora.

ANTECEDENTES

La señora CARMEN LUCY RINCON MARTINEZ, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo, junto con el retroactivo correspondiente, los intereses moratorios, la indexación de la condena y a las costas del proceso. (fl. 4).

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue pensionado por el ISS, mediante Resolución No. 101658 del 16 de febrero 2009, a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1.990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, que convive con el señor MIGUEL ANGEL ACOSTA; que su esposo depende en su totalidad de sus ingresos; que solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de dichos incrementos, por medio de derecho de petición, pero los mismo fueron negados. (fls. 3 - 4).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 5 y 7, para los demás manifestó no constarle o no ser ciertos los demás; propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y ciro de lo no debido, prescripción y buena fe. (fls. 34 - 43).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de Conocimiento en sentencia del 17 de junio de 2020, ABSOLVIÓ a la demandada al pago del incremento solicitado y condenó en costas a la parte actora. (fl. 62).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que los incrementos reclamados no se encuentran vigentes de conformidad con la jurisprudencia emanada por la H. Corte Constitucional.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a revisar en apelación el fallo proferido, dando aplicación al Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte actora, por lo que se determinará si le asiste derecho a percibir el incremento pensional por cónyuge a cargo.

Para resolver el problema jurídico y al revisar el acervo probatorio, se encuentra que, en este caso, a la señora CARMEN LUCY RINCON MARTINEZ, mediante Resolución No. 101658 del 14 de diciembre de 2019, le reconoció pensión de vejez a la luz de lo normado en el **Acuerdo 049 de**

1990.

De conformidad con lo anterior, tal y como lo dio el Juez de Primer Grado, es necesario señalar que la norma que consagra el incremento de la prestación pensional por cónyuge o compañera a cargo, así como por hijo discapacitado son los literales a) y b) del **artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990**, aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril de 1990, norma ésta que fue publicada en el Diario Oficial No 39303 del 18 de abril de 1990.

Ahora, descendiendo al caso que nos ocupa, es necesario señalar que la norma que consagra el incremento de la prestación pensional por cónyuge o compañera a cargo, así como por hijo discapacitado son los literales a) y b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril de 1990, norma ésta que fue publicada en el Diario Oficial No 39303 del 18 de abril de 1990.

Así las cosas, para determinar la vigencia de la norma antes mencionada con posterioridad a la entrada en vigor del Régimen General de Pensiones, tal aspecto ha sido objeto de amplias interpretaciones, en algunas de las cuales se ha considerado expresa o tácitamente derogado por varias normas de la Ley 100 de 1993, como lo son los artículos 283 y 289 ya que los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 reguladores en su orden de las pensiones de vejez e invalidez, no estipularon los incrementos consagrados en el artículo 21 del citado Acuerdo 049 de 1990.

En reiteradas providencias, esta Sala señaló que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no estaba derogado ni expresa ni tácitamente y contrario a ello se indicó que dicha prerrogativa permanecía incólume para quienes accedieron al beneficio pensional por la aplicación directa del citado Decreto 758 o por su advenimiento en virtud de la transición pensional.

Por lo anterior, se venía sosteniendo que conservaba entonces su vigor dando aplicación al entendimiento que constituye hoy la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplieran con los requisitos de

pertenencia al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se reclamaran dentro del término legal concedido-

No obstante lo anterior, en la presente la H. Corte Constitucional unificó el criterio relacionado con la vigencia de los incrementos pensionales por persona a cargo, haciendo un recuento jurisprudencial de la posición tomada por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y las diferentes acciones de tutela emitidas por la H. Corte Constitucional, así lo hizo en sentencia **SU 140 del 28 de marzo de 2019**, en donde señaló que salvo que se tratara de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el derecho a los incrementos pensionales previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica.

En dicha providencia se indicó:

“Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.

...Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

De conformidad con lo anterior, es necesario señalar que los incrementos por personas a cargo perdieron vigencia con la expedición de la ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho con

anterioridad a la expedición de tal normatividad.

Descendiendo al caso objeto de estudio y al haberse pensionado la señora CARMEN LUCY RINCON MARTINEZ, a partir del 15 de diciembre de 2009, cuando cumplió los 57 años de edad, se tiene que para dicha data ya no se encontraban vigentes los incrementos pensionales en tanto éstos, como ya se indicó, fenecieron del ordenamiento jurídico a partir de 1° de abril de 1994, por lo que el actor no tiene derecho a los incrementos reclamados y por lo tanto de habrá de CONFIRMAR la sentencia recurrida.

SIN COSTAS. En esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, por lo antes expuesto.

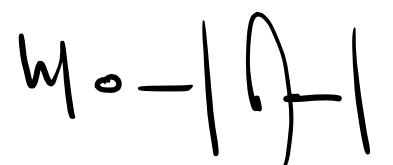
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**Proceso Ordinario Laboral No. 01 2019 022 01 Dte.: CARMEN LUCY RINCON
MARTINEZ Ddo.: COLPENSIONES**

**En permiso
LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**