REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 29 2017 637 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS

DEMANDADO: RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA

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

Al conocer de la sentencia de fecha 25 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Veintinueve laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por los apoderados de las partes.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recepcionaron por vía correo electrónico, los alegatos de la parte demandada.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se declare que durante toda la exposición a riesgos ocupacionales que motivaron las prestaciones asistenciales de los señores ANA GLADYS LEON, CLAUDIA HERMINIA IZQUIERDO SANDOVAL, EDILMA GOMEZ SANTAMARÍA, ELIZABETH CARMONA ECHEVERRY, EMILSON BROCHERO MARTINEZ, FLOR ALBA ROJAS CHIMBI, GLARIA INES DAZA VILLAMIL, HILDA GOMEZ MENDIVELSO, LIGIA BARRERA CORTES, LUZ STELLA BEJARANO, MANUEL GREGORIO DIAZ CORTES, MARIA EUGENIA ANGEE, MARLI SANCHEZ CASTRO, MARTHA CECILIA DELGADO GARCÍA, MARY PATRICIA ROJAS ROJAS, NATIVIDAD JIMENEZ HERNANDEZ, OMAIRA BUITRAGO GUERRERO, MARTHA ESPERANZA SUAREZ CAMPOS y YANETH BETANCURTE LOPEZ, se encontraban afiliados a RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA; que como consecuencia de lo anterior, se declare que RIESGOS LABORALES COLMENA, está obligada a reembolsar en favor de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS los gastos que esta asumió, por concepto de prestaciones asistenciales y/o económicas a prorrata por el tiempo que las personas antes citadas, estuvieron expuestos al riesgo mientras se encontraban afiliadas a COLMENA S.A. Igualmente solicita el pago de los intereses moratorios, los demás derechos que se encuentren demostrados en uso de las facultades extra y ultra petita y al pago de las costas del proceso. (fl.- 31 – 42)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis que, los señores ANA GLADYS LEON, CLAUDIA HERMINIA IZQUIERDO SANDOVAL, EDILMA GOMEZ SANTAMARÍA, ELIZABETH CARMONA ECHEVERRY, EMILSON BROCHERO MARTINEZ, FLOR ALBA ROJAS CHIMBI, GLARIA INES DAZA VILLAMIL, HILDA GOMEZ MNDIVELSO, LIGIA BARRERA CORTES, LUZ STELLA BEJARANO, MANUEL GREGORIO DIAZ CORTES, MARIA EUGENIA

ANGEE, MARLI SANCHEZ CASTRO, MARTHA CECILIA DELGADO GARCÍA, MARY PATRICIA ROJAS ROJAS, NATIVIDAD JIMENEZ HERNANDEZ, OMAIRA BUITRAGO GUERRERO, MARTHA ESPERANZA SUAREZ CAMPOS y YANETH BETANCURTE LOPEZ, durante toda su vinculación laboral, con anterioridad a la emisión de los dictámenes periciales efectuados a cada uno de ellos, estuvieron afiliados por su empleador a la demandada RIESGOS LABORALES COLMENA S.A., la cual les calificó enfermedades de origen profesional.

Que en razón al cambio de administradora de riesgos laborales, a partir de dicho traslado, la accionada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, ha asumido el pago de las prestaciones asistenciales y económicas, derivados de los dictámenes emitidos y para el tratamiento de su enfermedad de origen laboral.

Finaliza indicando que ha solicitado el reembolso de dichas sumas de dinero, pero la demandada se ha negado al pago de los mismos. (fl.- 4 – 31)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLMENA SEGUROS SA se opuso a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 a 7 y14 para los demás señaló, que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones las que denominó falta de legitimación por pasiva por cuanto la señora gloria Inés Daza villamil nunca ha estado afiliada a COLMENA SEGUROS SA, falta de legitimación en la causa por activa POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA, inexistencia de prueba de la prestación de las prestaciones recobradas, inexistencia de la prueba de pago, extinción de la obligación por pago, improcedencia del cobro de intereses moratorios, prescripción, improcedencia de los recobros realizados por positiva, ausencia de prueba de la ocurrencia del siniestro, afiliación de los trabajadores a COLMENA, inoponibilidad del dictamen que determina el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, improcedencia del recobro frente

a las incapacidades, improcedencia del cobro de intereses moratorios, pago total y compensación por pago parcial. (fl.- 97 – 286)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 25 de septiembre de 2019, resolvió:

1. *Declarar que la exposición al riesgo ocupacional que motivó los reconocimientos por enfermedad e incapacidad temporal de los afiliados, Martha Delgado, Marly Sánchez, Emilson Brochero Martínez, Hilda Gómez Mendivelso, Janeth Betancourt de López, Natividad Jiménez, Manuel Díaz Cortez, Omaira Buitrago, Elizabeth Carmona Echeverry, Claudia Herminda izquierdo Sandoval, ligia barrera cortez, Edilma gomez Santamaria, Luz Stella Bejarano López, Mary patricia Rojas Rojas, María Eugenia Angee, ocurrieron cuando se encontraban afiliados a los riesgos laborales colmena, en los porcentajes indicados en la parte motiva del presente fallo;*
2. *Condenar a riesgos laborales colmena s.a. compañía de seguros de vida a reconocer y pagar a positiva compañía de seguros, las sumas que a continuación se relacionan por cada uno de los afiliados y en los porcentajes que se indicaron en la parte motiva y en los valores siguientes:*

- *Flor rojas chimbi*	*100%*	*$383.000*
- *Martha delgado*	*40,3%*	*$4.687.415.42*
- *Marly Sánchez*	*90,71%*	*$567.404.2*
- *Emilson Brochero Martínez*	*8,7%*	*$606.351.*
- *Hilda Gómez Mendivelso*	*83,54*	*$528.420.63*
- *Janeth Betancourt de López*	*0,5%*	*$44.505.63.*
- *Natividad Jiménez*	*73,78%*	*$6.081.326.76*
- *Manuel Díaz Cortez*	*65,34%*	*$7.281.916.67*
- *Omaira Buitrago*	*63.30%*	*$372.894.58.*
- *Elizabet Carmona Echeverry*	*44.65%$*	*328.355.52*
- *Claudia Herminia Izquierdo Sandoval*	*98.86%*	*$698.748.95.*
- *Ligia Barrera Cortez*	*15.09%*	*$83.722.64*
- *Edilma Gómez Santamaría*	*67.44%*	*$394.517.23*
- *Luz Stella Bejarano López*	*16.20%*	*$103.567.61*
- *Mary Patricia Rojas*	*78.53%*	*$583.710.76.*
- *María Eugenia Angee*	*69.28 %*	*$25.822.196.54.*

- *Para un total de $48.028.054,36*

3. *Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta, según la parte motiva;*
4. *Sin condena en costas;*
5. *Absolver a la demandada riesgos laborales colmena s.a. compañía de seguros de vida de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

El despacho deja constancia que para mayor claridad, insertará en el acta en la parte resolutiva los porcentajes la y como lo hemos puesto en conocimiento en la copia e igualmente adiciona a la parte resolutiva respecto de la señora Flor Roja Chimbi en la suma del porcentaje de 100% con una suma de $383.000, y adiciona el numeral 5 en el sentido de absolver a la demandada riesgos laborales colmena s.a. compañía de seguros de vida, respecto del pago por los afiliados Gloria Inés Daza Villamil, Martha Esperanza Suarez, Ana Gladys León, de conformidad con lo señalado en la parte motiva. Se notifica la anterior sentencia en estados, junto con su aclaración…"

Posteriormente la Juez adicionó la sentencia indicando: "*Antes de concederle el uso de la palabra, el despacho se permite hacer la aclaración solicitada por la parte actora, respecto de la afiliada Flor Alba Rojas Chimbi, quien se dice que si bien es cierto en un 100% la suma le es mayor, y para eflorfectos tenemos la factura 38806 a folio 271 por un valor de $208.000, la factura 36837 a folio 276 por un valor de $60.000, la factura 23550 folio 282 por un valor de $60.000, la factura 19501 a folio 308 por un valor de $55.000, esto nos arroja $383.000. Si bien es cierto, a juicio del despacho, pues obran unos pagos por traslados a folios 284 a 307, pues no se demostró que esos traslados fuesen originados por los padecimientos respecto de los cuales se originaran las anteriores prestaciones económicas, por lo tanto, el despacho no tiene en cuenta los traslados, en eso le aclara por si va a interponer recurso, pues respecto de no haberse tenido en cuenta esas sumas por los traslados y únicamente se tienen las que están acreditadas en las facturas que se han indicado."*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

"Recordemos que el problema jurídico planteado consistía en determinar si riesgos laborales colmena s.a. compañía de seguros de vida debe reembolsar a favor de la demandante los gastos que esta asumió a prorrata por el tiempo en que los trabajadores estuvieron expuestos a los riesgos laborales cuando se encontraban afiliados a colmena, recordemos igualmente que respecto de estos derechos pues la parte demandada se opone tanto en la contestación de la demanda como en sus mismos alegatos de conclusión, en primer lugar señalando que por parte de positiva compañía de seguros no se aportó en su oportunidad las documentales que acrediten pues que se debe hacer este reembolso, igualmente alega la prescripción, la compensación y el hecho de que el dictamen de pérdida de capacidad laboral no fue oponible a colmena, igualmente en los alegatos de conclusión se hicieron algunas puntualizaciones en el día de la mañana respecto de algunos afiliados y las prestaciones que se derivaban del tiempo de afiliación, por considerar que algunos de ellos no estaban afiliados y otros también pues no se asumió la exposición al riesgo durante la época de afiliación y también que algunos de ellos presentaban patologías diferentes dictaminadas tanto por una como por otra ARL y que no estaban determinados por esos factores de riesgo mientras estuvieron vinculados a colmena. El despacho debe señalar en primer lugar, tal como lo indico el apoderado de la demandante en el día de la mañana en sus alegatos de conclusión al iniciar los mismos que no hay discusión alguna sobre las normas que establecen los

reembolsos y sin embargo debemos recordar que en efecto, el decreto 1072 de 2015, estableció respecto de los reembolsos lo siguiente en su artículo 2.2.4.4.5 "…Reembolsos entre entidades administradoras de riesgos laborales. Las prestaciones derivadas de la enfermedad laboral serán pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos laborales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación. La entidad administradora de riesgos laborales que atienda la prestación económica derivada de la enfermedad laboral, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, y de ser posible, en función de la causa de la enfermedad. La entidad administradora de riesgos laborales que asuma las prestaciones económicas, podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal o se pague la indemnización por la incapacidad permanente o se reconozca definitivamente la pensión de invalidez o de sobrevivientes. Y en el artículo 2.2.4.4.6 se establece el procedimiento para efectuar los reembolsos y señala lo siguiente: La base para efectuar el reembolso será el valor pagado en caso de incapacidad temporal o permanente parcial. Tratándose de pensiones, la base será el capital necesario entendido como el valor actual esperado de la pensión de referencia de invalidez o de sobrevivientes, según el caso que se genere en favor del afiliado o su núcleo familiar desde la fecha del fallecimiento o del momento en que el dictamen de invalidez quede en firme, y hasta la extinción del derecho a la pensión. El capital necesario se determinará según las bases técnicas y tablas de mortalidad contenidas en las resoluciones 585 y 610 de 1994 de la superintendencia financiera o en las normas que las modifiquen o sustituyan. En caso de cesación o disminución del grado de invalidez que implique la extinción o la disminución de la pensión, la entidad administradora de riesgos laborales restituirá a las demás entidades administradoras la porción del capital necesario que les corresponda. Los reembolsos a que se refiere este artículo se harán dentro del mes siguiente a aquel en que se soliciten, término dentro del cual podrán ser objetados por motivos serios y fundados. Eso básicamente es las normas que dan origen pues al pago de los reembolsos y tampoco hay discusión alguna digamos sobre que efectivamente las administradoras de riesgos laborales están obligadas a reembolsar cuando sea ocasionado, digamos, el siniestro estando afiliado y esto es cuando hay unos factores de riesgo pues se originaron en ese tiempo determinado. En razón a que en los alegatos de conclusión se hizo algunas precisiones sobre diversas situaciones, es decir, que algunas personas de las enlistadas en libelo incoatorio no estaban afiliadas en su momento a positiva o que el riesgo no se había ocasionado durante la vigencia de esa afiliación o que existían diferentes patologías, el despacho va a hacer el análisis de las pruebas respecto de cada uno de los demandantes para determinar si en efecto es cierto las observaciones que se hicieron al momento de contestar la demanda y también en los alegatos de conclusión.

Como pruebas se aportaron las siguientes: existe carpeta de cada uno de los afiliados donde se evidencia certificado de afiliación a positiva, certificado de pago, historia clínica, dictámenes y facturas de servicios, en cuanto de una vez el despacho se va a referir en cuanto a los pagos, recordemos que una de las objeciones que presentaba colmena, tanto en su contestación como en los alegatos de conclusión, inclusive con el mismo testigo que es la persona que de alguna manera una de sus

funciones está relacionada con este pago de reembolsos, decía que no había prueba alguna de que efectivamente positiva hubiese cancelado los valores que debía por los derechos de los trabajadores, en este caso, sin embargo, el despacho encuentra que efectivamente hay certificación emitida por positiva y respecto de esa certificación tal como lo señalaba el apoderado, se presume que su contenido es cierto y no hay tacha alguna que desvirtué lo dicho. Eso si, el despacho deja claro que no hay ninguna prueba que demuestre que se hizo por parte de positiva los pagos respecto de las prestaciones e indemnizaciones, pero como ya dijimos, está la certificación, no hay el comprobante pero está la certificación que así lo indica y tal y como se ha tenido en otros procesos pues el despacho considera que esa certificación al no ser desconocida ni tachada pues es prueba respecto del pago. En cuanto a la afiliada ***Gloria Inés Daza Villamil****, colmena indica que no estuvo afiliada. Al efecto, revisadas las pruebas aportadas al plenario no se demostró que estuviese afiliada a colmena, se demostró que está afiliada a positiva desde el 1 de febrero de 2015, en la carpeta de la afiliada se encuentra que estuvo afiliada a la arl sura, a folio 1399, igualmente en el dictamen de positiva, folio 1397, se encuentra que el dictamen es del 17 de marzo de 2011 y que fue realizado por la arl sura, por lo tanto el despacho encuentra que le asiste razón en este caso respecto de esta afiliada a colmena y por tanto respecto de los pagos que se pretendían por la señora Gloria Inés Daza Villamil, pues deberá ser absuelta colmena. En cuanto a* ***Flor Alba Rojas Chimbí*** *se encuentra que estuvo afiliada a colmena, tal y como se demuestra mediante la documental que obra a folio 234, desde el 1 de mayo de 2007 hasta el 31 de enero de 2015, y está afiliada a positiva desde el 5 de junio de 2008 al 30 de junio de 2010, y desde el 1 de febrero de 2015 hasta la fecha. Se tiene según dictamen, que la enfermedad que padece es síndrome del carpo, se presentó el 28 de julio de 2010 y de ello da cuenta la documental que obra a folios 268 de la carpeta. Obra también dictamen del 28 de febrero de 2011 de colmena, es decir, de acuerdo con lo anterior la exposición al riesgo fue mientras estuvo afiliada a colmena el 28 de julio de 2010, por lo que se condenará al pago de las siguientes prestaciones: de acuerdo con la factura 38886 a folio 271, por un valor de $208.000; factura 37837 a folio 276, por un valor de $60.000; factura 23550, folio 282 por un valor de 60.000; factura 19501, folio 308 por un valor de $55.000; dando un total de $383.000. En lo que tiene que ver con la afiliada* ***Martha Cecilia Delgado****, se tiene que estuvo afiliada a colmena tal y como se demuestra en el folio 241 del 1 de octubre de 2008 hasta el 31 de enero de 2015 y estuvo afiliada a positiva desde el 1 de febrero de 2015 a la fecha. La patología se estructuró el 23 de septiembre de 2013, tal como obra a folio 1476, no se determinó tiempo de exposición, el primer dictamen de colmena fue el 8 de mayo de 2009, se tiene que estuvo expuesta desde el 23 de septiembre de 2013 a la fecha de ultima prestación, esto es, el 31 de enero de 2017, así entonces, haciendo la operación aritmética por el tiempo de exposición de la demandante, se tiene que estuvo expuesta al riesgo mientras estuvo afiliada a colmena en un porcentaje que corresponde al 40.3% de ese 100% de exposición, por lo tanto se condenará al pago de $4.687.415. En cuanto a la afiliada* ***Marly Sánchez Castro****, se tiene que estuvo afiliada a colmena de acuerdo a lo establecido a folio 240, desde el 1 de mayo de 2007 hasta el 31 de enero de 2015, afiliada a positiva desde el 1 de febrero de 2015, la patología se estructuró el 16 de noviembre de 2011, folio 1441, no se determinó término de exposición, colmena a folio 1450 acepta que*

existió enfermedad profesional estructurada el 9 de marzo de 2012, obra primer dictamen de colmena del 9 de marzo de 2012, se tiene que estuvo expuesta desde el 16 de noviembre de 2011 que corresponde a la fecha de estructuración hasta la fecha de la última prestación el 31 de mayo de 2015, le corresponde a colmena en este caso un porcentaje del 90.71% que equivale a $567.404. En lo que tiene que ver con el afiliado ***Emilson Brochero Martínez****, colmena alega que no tiene relación las patologías que se presentaron con positiva a las que fueron reconocidas por colmena, según la patología y el testimonio del señor Bernardo Cuervo las patologías presentadas guardan relación, específicamente respecto de este demandante se señaló lo anterior en el testimonio rendido esta mañana, se demostró que estuvo afiliado a colmena tal y como obra a folio 233 del 17 de octubre de 2002 hasta el 6 de noviembre de 2007, afiliado a positiva del 2 de septiembre de 2010 al 1 de agosto de 2011 y del 1 de noviembre de 2007 al 30 de junio de 2010, la patología se estructuró el 4 de julio de 2007, folios 1538, no se determinó tiempo de exposición, el primer dictamen de colmena es del 13 de agosto de 2007, se tiene que estuvo expuesta desde el 4 de julio de 2007, que corresponde a la fecha de estructuración a la fecha de la última prestación que es el 29 de abril de 2011 y le corresponde a colmena un porcentaje en este caso del 8.7% que equivale a la suma de $66.351. En lo que tiene que ver con la afiliada* ***Martha Esperanza Suarez****, colmena alego que no registra enfermedad cuando estuvo afiliada a colmena, se demostró la afiliación de acuerdo con el folio 242, que estuvo afiliada desde el 1 de junio de 2004 al 21 de julio de 2006, del 23 de agosto de 2006 al 31 de agosto de 2007, del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008, afiliada a positiva desde el 1 de mayo de 2011 al 28 de julio de 2013, la patología se estructuró el 19 de noviembre de 2007, folio 1575, no se determinó tiempo de exposición, el primer dictamen de la junta regional fue el 13 de noviembre de 2009, como no se demostró el tiempo de exposición y teniendo en cuenta que la estructuración se dio cuando no estuvo afiliada a colmena, se absolverá de cualquier pretensión relacionada con esta afiliada Martha Esperanza Suarez. En lo que tiene que ver con* ***Ana Gladys León****, colmena alega que colmena reconoció tenocinotivitis y no síndrome del carpo, la fecha de estructuración se dio a folio 1611, que es el 17 de agosto de 2016, fecha en que no estaba afiliada a colmena, por lo tanto se absuelve también de cualquier pago que se reclame respecto de la señora Ana Gladys León. En lo que tiene que ver con la afiliada Hilda Gómez Mendivelso, se demostró mediante el folio 235 que estuvo afiliada a colmena del 1 de octubre de 2001 hasta el 31 de enero de 2013, y afiliada a positiva desde el 1 de marzo de 2015 hasta la fecha, la patología se estructuró el 5 de febrero de 2008, tal como obra a folio 1650 y estuvo expuesta por 10 años al riesgo, el primer dictamen de la eps famisanar fue el 5 de febrero de 2008, se tiene que estuvo expuesta desde el 5 de febrero de 1998 hasta la última prestación reconocida, y le corresponde a colmena de conformidad con los tiempos mediante los cuales estuvo afiliada a un porcentaje de 83.5, que equivale a $528.420. En lo que tiene que ver con* ***Janeth Betancourt de López****, se tiene que estuvo afiliada a colmena, tal y como obra en el folio 246 desde el 1 de enero de 1999 hasta el 30 de noviembre de 2000 y del 1 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2002, afiliada a positiva desde el 1 de junio de 2012 al 30 de diciembre de 2015, la patología padecida por esta afiliada se estructuró el 6 de diciembre de 2002, tal como obra a folio 1186, estuvo afiliada a colmena hasta el 31 de diciembre de 2002, y después a la arl Liberty, el*

primer dictamen es de la arl colmena del 6 de diciembre de 2002, se tiene que estuvo expuesta desde el 6 de diciembre de 2002 al 5 de enero de 2015, le corresponde en este caso a colmena un porcentaje del 0.56% y se condenará a pagar por esta afiliada la suma de $44.505. En lo que tiene que ver a la afiliada ***Natividad Jiménez Hernández*** *se tiene que estuvo afiliada a colmena a folio 246 desde el 1 de julio de 2006 al 30 de noviembre de 2012, afiliada a positiva del 1 de diciembre de 2012 al 22 de junio de 2015, según dictamen de la eps compensar, a folio 287 cuaderno principal, fue realizado el 4 de diciembre de 2009, en el dictamen se indica que la epicondilitis se presentó desde hace 2 años, se tiene entonces que la fecha de estructuración es desde el 4 de diciembre de 2007, estuvo afiliada a colmena hasta el 30 de noviembre de 2012, el primer dictamen de eps compensar del 4 de diciembre de 2009, se tiene que estuvo expuesta desde el 4 de diciembre de 2007 a la última prestación el 2 de septiembre de 2014, le corresponde a colmena un 73.9%, se condenará a pagar la suma de $6.081.326. En lo que tiene que ver con* ***Manuel Diaz Cortes****, colmena dice que no existe dictamen de pérdida de capacidad laboral, el despacho encuentra que existe ese dictamen a folio 786, que estuvo afiliado a colmena de acuerdo con lo determinado a folio 238, del 4 de mayo de 2007 al 31 de diciembre de 2010, afiliado a positiva del 1 de enero de 2011 a la fecha, según dictamen de colmena el 2 de abril de 2008, determinó enfermedad laboral que se presentó desde el 22 de diciembre de 2007, folio 786, se demostró dictamen con perdida de capacidad laboral emitido por positiva, primer dictamen de colmena es del 22 de diciembre de 2007, se tiene que estuvo expuesta desde el 22 de diciembre de 2007 a la última prestación el 8 de agosto de 2012, le corresponde a colmena un porcentaje de 65.34% que equivale a la suma de $7.281.916.67.* ***Omaira Buitrago Guerrero*** *estuvo afiliada a colmena de acuerdo a la documental que obra a folio 245 del 11 de julio de 2007 al 31 de enero de 2015, afiliada a positiva el 1 de junio de 2008 al 30 de junio de 2010, y del 1 de febrero de 2015 a la fecha. Según el dictamen de junta regional de fecha 27 de febrero de 2015, folio 268, cuaderno principal, se tiene que la enfermedad se presentó desde el 21 de febrero de 2012, obra dictamen de la junta regional del 27 de febrero de 2015, se tiene que estuvo expuesta al riesgo desde el 21 de febrero de 2012 al 15 de octubre de 2016, que es la última prestación y le corresponde a colmena un porcentaje de 63.30%, se condenará a pagar la suma de $372.894. En lo que tiene que ver con la afiliada* ***Elizabeth Carmona Echeverry****, se tiene que estuvo afiliada a colmena de acuerdo con la documental a folio 232 desde el 1 de junio de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2011, afiliada a positiva desde el 1 de diciembre de 2011 a la fecha, según dictamen de eps Coomeva realizado el 19 de abril de 2012, se tiene que la fecha de estructuración es el 1 de febrero de 2009, folio 840, obra también dictamen de la eps Coomeva el 19 de abril de 2012, se tiene que estuvo expuesta al riesgo desde el 1 de febrero de 2009 al 1 de junio de 2015, ultima prestación le corresponde a colmena un porcentaje del 44.65%, que equivale a $328.355. En lo que tiene que ver con* ***Claudia Herminia Izquierdo Sandoval****, colmena dice que solo aprobó magneto rotador, que no sobre tendinitis, no se demostró que solo se hubiera calificado cuando estuvo afiliada a colmena y la fecha de estructuración, según el dictamen a folio 898 es del 8 de mayo de 2009, estuvo afiliada a colmena de acuerdo a la documental a folio 230 desde el 1 de mayo de 2007 al 30 de julio de 2010, y del 1 de agosto de 2010 al 31 de enero de 2015, y afiliada a positiva desde el 1 de octubre de 1997 al 30 junio de 2010 y*

del 1 de febrero de 2015 a la fecha, según dictamen de colmena a folio 898 la fecha de estructuración es el 31 de marzo de 2009, dictamen de colmena 8 de mayo de 2009, se tiene que estuvo expuesta al riesgo el 31 de marzo de 2009 al 30 de junio de 2016, ultima prestación, le corresponde a colmena un valor de 98.86%. Se condenará en $698.748. En lo que tiene que ver con ***Ligia Barreto Cortes****, estuvo afiliada a colmena a folio 236 desde el 1 de julio de 2006 al 30 de noviembre de 2012, afiliada a positiva desde el 1 diciembre de 2012 a la fecha, según dictamen de la junta regional, folio 223, se presentó túnel del carpo desde el 5 de marzo de 2012, dictamen de la junta regional del 27 de enero de 2017, se tiene que estuvo expuesta desde el 5 de marzo de 2012 a la fecha de declaratoria 27 de enero de 2017, le corresponde a colmena un porcentaje del 15.09% que equivale a $83.722. En lo que tiene que ver con Edilma Gómez Santamaría estuvo afiliada a colmena, folio 231 del 29 de octubre de 1996 al 28 de febrero de 2013, afiliada a positiva desde el 1 de marzo de 2013 a la fecha, según dictamen de la junta regional, folio 157 y 158, se presentó túnel del carpo el 31 de octubre de 2005, dictamen junta regional del 22 de febrero de 2017, se tiene que estuvo expuesta desde el 31 de octubre al 2 de septiembre del 2016, del 31 de octubre de 2005 al 12 de septiembre de 2016, fecha de la última prestación, le corresponde a colmena un 67.4% y se condenará a pagar entonces la suma de $394.517.* ***Luz Stella Bejarano****, se muestra que estuvo afiliada a colmena según la documental de folio 257 desde el 1 de julio de 1998 al 30 de septiembre de 2005, afiliada a positiva del 1 de julio de 2011 a la fecha, según historia clínica a folio 146, presenta ruptura de saproespinosos desde el año 2003, según positiva desde el 31 de julio de 2003, indica que estuvo afiliado a colmena, luego Liberty, luego positiva, obra también formulario para dictamen de positiva de fecha 7 de junio de 2003, se tiene que estuvo expuesta desde el 31 de julio de 2013 al 17 de diciembre de 2016, ultima prestación, le corresponde a colmena un 16.20%, que equivale a $103.567.61. En lo que tiene que ver con* ***Mary Patricia Rojas****, se demuestra que estuvo afiliada a colmena a folio 243 desde el 1 de septiembre de 2009 al 31 de agosto de 2013, afiliada a positiva desde el 26 de enero al 28 de febrero de 2011 y desde el 2 de agosto de 2013 a la fecha, según dictamen de la nueva eps de fecha 30 de octubre de 2009, a folio 256, cuaderno principal, presenta túnel del carpo desde hace 7 años, es decir, que la exposición es del 30 de octubre de 2002, dictamen nueva eps del 30 de octubre de 2009, se tiene que estuvo expuesta desde el 30 de octubre de 2009 al 17 de agosto de 2016, ultima prestación, le corresponde a colmena un 78.% que equivale a $583.710. En lo que tiene que ver con* ***María Eugenia Angee****, colmena dice que las patologías no son las mismas que se dio en colmena, existe concepto de colmena a folio 481 donde se indica que presentó tenocinivotis, síndrome del túnel del carpo desde el 28 de septiembre de 2007, estuvo afiliado a colmena, folio 239 del 6 de junio de 1997 al 28 de febrero de 2013, afiliada a positiva del el 1 de marzo de 2013 a la fecha, según dictamen de colmena del 3 de diciembre de 2007, folio 480, y uno la exposición es desde el 16 de diciembre de 2004, el dictamen de colmena del 3 de diciembre de 2007, folio 481, como dijimos se tiene que estuvo expuesto del 16 de diciembre de 2004 al 15 de septiembre de 2016, ultima prestación, le corresponde a colmena un porcentaje del 69.8%, que equivale a $25.822.196.54. Esos son los porcentajes que ha logrado establecer el despacho, de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, para determinar la fecha de exposición se tuvo en cuenta, en*

algunos casos, como dijimos, la historia clínica, la fecha de estructuración y la fecha del examen de las patologías que presentaban y la fecha de estructuración de conformidad con los dictámenes que obran en el expediente, tal y como se indicó porque en algunos casos únicamente nos basamos en la historia clínica que habla de las sintomatología padecida por la demandante, eso en cuanto a las prestaciones que le correspondería. Nos referimos al iniciar el fallo sobre la norma que habla de los reembolsos, recordemos que también otro de los presupuestos de la demandada señala que en su momento existió la compensación y que por lo tanto no debería ordenarse el pago, y esa es una excepción planteada por la parte demandada. Sobre el particular, tenemos el decreto 2509 de 2015, del 23 de diciembre que es el que habla precisamente de esa compensación y dentro del objeto señala lo siguiente: "crease un mecanismo de compensación monetaria con el objeto de corregir los efectos de la concentración de riesgos en el sistema general de riesgos laborales y sus consecuencias financieras, así como adoptar medidas para mitigar la concentración de riesgos en dicho sistema. Artículo 2.2.4.9.1.2. obligatoriedad de la afiliación. Las administradoras riesgos laborales están en la obligación de aceptar afiliaciones de todos los empleadores y sus trabajadores y de los trabajadores independientes, de conformidad con lo previsto en la ley 1562 de 2012 sin sujeción a la clase de riesgos o actividad económica que desarrollen. Posteriormente, también señalaba la norma lo siguiente: La determinación del valor de la compensación a favor o a cargo de cada administradora de riesgos laborales se efectuará en todo caso sobre el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015. El despacho al igual que en otro proceso que creo ya tuvo la oportunidad de pronunciarse, señalo que de la misma lectura del presente decreto pues no se infieren que esta compensación sea destinada precisamente a cancelar las contingencias o por los cuales se solicitan los reembolsos, sino que tuvo otra finalidad y era precisamente ese desequilibrio que existía en cuanto a la masa de afiliados a las arl, esto en cabeza de positiva que tenía un número muy voluminoso de afiliados y esto por cuanto tenía la obligatoriedad de recibir a todos los afiliados que optasen por esta arl y es así que ante este desequilibrio el gobierno nacional emite esta norma e impone paralelo con esa compensación la obligatoriedad de recibir, sin discriminación alguna, a todos los trabajadores que deseen vincularse a una u otra arl. Sin que se deba entender que precisamente esa compensación se hace para amparar esas contingencias que se surtan en ese periodo de tiempo y específicamente en lo que tiene que ver con los reembolsos, por lo tanto el despacho considera que no hay lugar a determinar que por haberse cancelado esa suma de dinero que está demostrado además que se ha cancelado, haya lugar a abstenerse del pago de los reembolsos, además porque si ese fuera el querer del legislador y siendo una materia tan importante el tema de los reembolsos para la sostenibilidad financiera del sistema y las arl, muy seguramente el gobierno nacional en el decreto hubiese hecho la aclaración pertinente, hubiese sido taxativo en cuanto a que ese valor también incluía el tema de los reembolsos, sin embargo el juzgado considera que comoquiera que la norma no lo establece de manera taxativa no hay lugar a interpretar que cubra los reembolsos por las contingencias derivadas de la afiliación y de las prestaciones y los servicios asistenciales derivados de la fiscalización al sistema de riesgos laborales. En cuanto también a la oponibilidad de los dictámenes, el despacho considera que en efecto la legislación no establece que estos dictámenes

deban ser notificados a todas las arl, como lo señalaba el apoderado a que haya estado vinculado el trabajador y sin embargo en este proceso no existe una oponibilidad puntual o no hay prueba alguna que se haya iniciado algún proceso judicial tendiente precisamente a establecer o demandar estos dictámenes ante la jurisdicción ordinaria por considerar que no están conforme con la realidad, recordemos que este proceso se puede adelantar ante la jurisdicción ordinaria si se considera de alguna manera que no está con la realidad, así entonces, el despacho considera que este no es un argumento valedero para dejar de cancelar los pagos a que se ha hecho referencia la sentencia. En cuanto a la excepción de prescripción, el despacho considera que no se ha producido el fenómeno prescriptivo, por cuanto los temas relacionados con los derechos que aquí se reclaman y de conformidad con lo establecido en la ley 1562 de 2012, que es la que considera el despacho que se debe aplicar en estos casos, el término de prescripción es de 5 años dice lo siguiente el artículo 24: "… que es una norma que se aplica de manera analógica porque recordemos que en el caso puntual de los reembolsos no hay norma que establezca el término de prescripción. En este caso considera el despacho que no es dable aplicar la prescripción de los artículos 488 489 del código sustantivo del trabajo, o 151 del código procesal del trabajo, sino de manera analógica el artículo 24 de la norma que acabamos de mencionar que señala lo siguiente: El derecho a solicitar el reembolso entre los sistemas de salud y riesgos laborales y viceversa por el costo de las prestaciones en salud derivadas de una enfermedad laboral o de un accidente de trabajo, prescribe en el término de 5 años a partir de la última de las fechas enunciadas a continuación, y pues enuncia que son las siguientes: la fecha de la calificación en primera oportunidad del origen laboral del evento de las secuelas por parte de la eps, cuando dicha calificación no sea susceptible de controversia por las administradoras o por el usuario; la fecha de calificación del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la Junta regional de calificación de invalidez, cuando dicha calificación no sea susceptible de recurso ante la junta nacional de calificación de invalidez; la fecha de calificación del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la Junta nacional de calificación de invalidez; la fecha de presentación de la factura de la ips a la eps, cumpliendo con los requisitos exigidos. Así entonces, considera el despacho que de conformidad con lo ya analizado, al establecer los requisitos y las situaciones particulares de cada uno de los afiliados que no ha operado el término prescriptivo, por lo tanto se absolverá del mismo. En cuanto a intereses moratorios, considera el juzgado que no hay lugar al pago de los mismos en razón a que efectivamente no hay prueba alguna que se haya solicitado con antelación al proceso, pues directamente a colmena el pago de estas acreencias. Así entonces, en mérito y razón de lo expuesto, el juzgado 29 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, resuelve.."

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora, señaló:

"Señora juez, me permito interponer recurso de apelación respecto a unos casos puntualmente, aclarando de entrada que compartimos plenamente los argumentos de fondo que ha tenido el despacho para condenar a la demandada en relación con la viabilidad del recobro, la inoponibilidad o la oponibilidad de los dictámenes emitidos por entidades y arls o juntas que no habían sido emitidos en vigencia de colmena seguros, los argumentos claramente esbozados por la señora juez respecto al tema de compensación y la prescripción. El punto de inconformidad y aquí quisiera solicitar una aclaración, no se si fuese posible acceder al despacho en el caso de la señora Flor Rojas nosotros tenemos registrado que de acuerdo con la sentencia se ordena el pago a colmena del 100% del porcentaje, es decir, de la totalidad de la prestación. Solicito la aclaración respecto a ese punto en el sentido que nosotros tenemos registrado que en las pretensiones en ese caso eran de $5.023.956 y se condena a $383.000. Eso frente a ese punto y en caso de que no se pudiera determinar acá, le solicitaría al tribunal que de acuerdo con el cálculo realizado por el despacho, se revisara el expediente para determinar si la pretensión en ese caso, donde se condena a colmena al 100% del recobro es de $383.000 o de $523.956. En segundo término, respecto a los casos de Martha Suarez, Ana Gladys león y Janeth Betancourt, si bien compartimos el análisis realizado por el despacho, no compartimos la conclusión que llega respecto a la exposición a factores de riesgo en vigencia de colmena, pues en los primeros, en Martha Suarez y Gladys León absuelve al 100% y en el tercero Janeth Betancourt casi que absuelve y da un porcentaje del 0.56; le solicitamos en ese orden de ideas al tribunal que revise el cálculo y la conclusión realizada por el juzgado de primera instancia para determinar una prorrata que consideramos nosotros si tuvo tiempos de exposición en colmena seguros. Respecto a los intereses moratorios, si bien compartimos la posición de la señora juez respecto a que no hubo un requerimiento formal previo, respecto de los casos que nos ocupan en esta demanda, no por eso no se puede omitir la condena a intereses moratorios toda vez que si bien como acabo de mencionarlo no hubo un requerimiento formal, si lo hubo a partir de la presentación de la presente demanda, en ese orden de ideas si habría lugar al cobro de intereses moratorios a partir de la presentación de demanda, teniendo en cuenta que a partir de ella colmena se ha venido oponiendo al pago. Y en subsidio, evidentemente si no se condenara los intereses moratorios, en subsidio tendría que condenarse a la indexación, pues evidentemente estas sumas asumidas por positiva seguros sufren la depreciación de la moneda con el paso del tiempo, por lo tanto, en caso de no accederse a los intereses moratorios, habría que accederse a la indexación. Y por último, solicitar la condena en costas de la demandada, aclarando que no de ninguna manera se trata de un tema de mala fe, ni mucho menos, nunca lo hemos argumentado en los despachos que la demandada, creemos que las ARL que participamos dentro del sistema de riesgos laborales no actúan de mala fe, pero si dentro de una lógica en la cual colmena seguros en este proceso y en otros se ha venido oponiendo reiteradamente a las pretensiones de la demanda, a pesar de que en la gran mayoría de casos incluso en casos ya decididos por el tribunal superior, se han venido reiterando los mismos argumentos de condena, en ese orden de ideas y ante la "negativa" de colmena de aceptar ciertos criterios que judicialmente se han venido esbozando y determinando por los jueces y por el tribunal superior de Bogotá, consideramos que hay lugar a la condena en costas y agencias porque incluso ha hecho incurrir en

gastos que pudiesen ser innecesarios a mi representada. En ese orden de ideas, dejo sentado mi recurso de apelación de forma parcial, muchas gracias."

Luego de la aclaración efectuada por el Despacho, el apoderado agregó: *Muchas gracias señora juez por la aclaración, en ese orden de ideas solicito al tribunal también pueda revisar ese caso en el sentido que una de las prestaciones asistenciales derivadas del tratamiento de un paciente son, evidentemente, los traslados que tiene que realizar incluso en muchas ocasiones dadas las condiciones particulares de una determinada patología y su tratamiento, pues hay pacientes y este es el caso que no pueden recibir ciertas prestaciones asistenciales en su lugar el domicilio y hay que trasladarlas. Esto tiene su sustento en el artículo 5 del decreto 1295 de 1994, que establece cuales son las prestaciones asistenciales y en uno de sus literales hace referencia a todas las prestaciones o los gastos derivados de la atención asistencial de un paciente de una patología laboral, en este caso pues los gastos de traslados fueron vitales o básicos para poder atender a la paciente, en ese orden de ideas consideramos que también deberían ser condenada la demandada a asumir los mismos, dejo sentado el recurso respecto a ese punto así, muchas gracias.*

Por su parte, el apoderado de la demandada, indicó:

"Gracias señora juez, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de dictar, ratificándome en todos los argumentos que fueron expuestos en los alegatos de conclusión, específicamente quisiera llamar la atención del tribunal en que no es posible que se haya proferido condena alguna contra mi representada, en la medida que la parte demandante tal y como se reitero en los alegatos de conclusión, nunca probó cual fue el tiempo total de exposición al riesgo para a partir de allí determinar la responsabilidad proporcional contemplada por la norma, cual es el riesgo al que se expusieron los trabajadores que integran la demanda, cual fue el momento en que inicio la exposición del riesgo, así como tampoco se acredita la relación de causalidad frente a la exposición al riesgo y la enfermedad que dio origen a la prestación. En efecto, la actividad probatoria de la demandante simplemente se limito a indicar que los trabajadores estuvieron afiliados a colmena para allí derivar de manera automática algún tipo de responsabilidad desembolso de prestaciones asistenciales y económicas a cargo de mi representada. Ello no puede estar mas alejado de la realidad, toda vez que no tiene en cuenta factores objetivos que permitan determinar cual fue el momento verdadero de exposición del riesgo de los trabajadores. Situación que fue suplida por este despacho, al examinar el expediente y a partir de ello determinar cuales fueron los factores para determinar el inicio de exposición al riesgo. Adicionalmente, al no acreditarse esos requisitos, lo procedente hubiese sido negar la presente acción de recobro, conforme los requisitos que se encuentran previstos en el artículo 1 de la ley 776 de 2002, como era la determinación del tiempo total de exposición al riesgo y allí determinar responsabilidad que eventualmente le correspondería a mi representada. De tal modo que se debieron haber aplicado las consecuencias previstas por el artículo 167 del código general del proceso, como es el rechazo de las pretensiones, además la sentencia que se acaba de proferir se evidencia que el despacho no tuvo en cuenta o por lo menos no se evidencio frente a todos los trabajadores, la pertinencia y relación de las facturas presentadas, ya que le bastó con asumir que el valor presentado en la demanda estaba debidamente soportado con las facturas aportadas en la demanda, no obstante tal y como se expuso en la contestación de la demanda del estudio juicioso de la documental obrante en el expediente se tiene que no todos los conceptos recobrados eran objeto de reembolso, tampoco se tuvo en cuenta que los casos en que los trabajadores en donde colmena había calificado la

enfermedad como profesional, ya se trataba de una enfermedad consolidada, lo que implica que no hay una exposición al riesgo, pues este ya se había concretado en una enfermedad y colmena seguros, debido a la cobertura otorgada por virtud de la afiliación, ya reconoció y pagó a sus trabajadores las prestaciones otorgadas por su cobertura. Es por ello que al no hacerse referencia cuales fueron los criterios objetivos que llevan al juzgador de primera instancia específicamente al haber suplido la carga probatoria que le asistía a la parte demandante, beneficiándose esta última de la decisión adoptada en el presente proceso, que se debió desde un inicio haber rechazado las pretensiones de la demanda, en efecto, una de las facturas que no fueron tenidas en cuenta en la sentencia y que deben ser tenidas en cuenta al momento de distribuir el riesgo, es que también lo relativo a mantener los niveles de exposición al riesgo, ya que positiva no acreditó que a partir del traslado de los trabajadores este haya adoptado medidas de control sobre los riesgos a los que estaban expuestos los trabajadores, siendo imposible que dicha conducta adoptada por la demandante y que repercutió en la grabación de el estado de riesgo de los trabajadores se pueda trasladar a mi representada, quien durante la afiliación de los trabajadores que integran la demanda realizó todas las gestiones del control. Finalmente, se equivoca el despacho también al no haber dado aplicación a los efectos de la prescripción sobre las prestaciones económicas y asistenciales que fueron bridados a los trabajadores, comoquiera que no existe ninguna razón que justifique la aplicación de una norma diferente a las previstas en los artículos 488 del código sustantivo del trabajo y 151 del código procesal de trabajo y seguridad social, en el cual es este el aplicable a esta controversia al tratarse de prestaciones que son del sistema general de riesgos laborales, tal y como lo ha reconocido el tribunal. Por lo cual solicito al honorable tribunal que se revoque lo referido a no tener en cuenta la prescripción, comoquiera que esta ha operado y se está llamada a surtir plenos efectos en lo que atañe a las pretensiones de la demanda. Adicionalmente llamo la atención al honorable tribunal en los casos que se enuncian a continuación, en los que era improcedente que se condenara a mi representada a reembolso de suma alguna, y en tal sentido solicito que se revoque la condena que fue impuesta por los trabajadores Flor Alba Rojas, Hilda Gómez, Ligia Barrera Cortes, Luz Stella Bejarano, Manuel Gregori o Diaz Cortes, Martha Delgado García, comoquiera que no se probó dentro del proceso que la exposición al riesgo de la enfermedad profesional que le fue diagnosticada y las prestaciones que fueron reconocidas se debieron a un factor de riesgo ocupacional presente durante la afiliación de mi representada. En relación a los trabajadores Emilson Brochero Martínez, Claudia Herminia Izquierdo y Manuel Gregorio Díaz Cortez, se debe indicar que si bien ellos se sentaron una enfermedad profesional durante su afiliación a colmena, este al haberse presentado durante la cobertura de mi representada, mi representada ya procedió al pago de las prestaciones, en consecuencia las prestaciones adicionales que se generaron con posterioridad a su desvinculación deben ser asumidas por positiva, en la medida que esta desde el traslado de los trabajadores ha recibido las contribuciones debiendo asumir dichas prestaciones como una obligación propia. Sin perjuicio de la atención, llamo la atención al tribunal que una vez dichos trabajadores se trasladaron de colmena a positiva, continuaron prestando sus servicios profesionales y así continuaban exponiéndose al riesgo que desencadeno la patología que dio lugar a las prestaciones recobradas durante positiva, y por lo cual no era procedente que se condenara la proporción en que se hizo a colmena, máxime cuando positiva ha recibido las cotizaciones de los trabajadores desde el momento de su traslado asumiendo esta el pago de la obligación propia, comoquiera que las prestaciones económicas y asistenciales se causaron durante el tiempo que los trabajadores se encontraban afiliados a dicha arl. Finalmente en lo que atañe a lo manifestado en la sentencia referente al mecanismo de compensación ordenado por el decreto 2509 de 2015 es preciso hacer los siguientes comentarios: la suma tenida en cuenta para calcular la compensación ordenada fue la tasa de siniestralidad

reportada por positiva entre los años 2014 y 2015, el numeral 2.2.4.3 del citado decreto determinó que los siniestros como índice de la tasa de siniestralidad, son aquellas prestaciones económicas y/o asistenciales que fueron canceladas por positiva durante el periodo de octubre de 2014 a septiembre de 2015, es así que desde el cobro que se adelantaba se estaba haciendo con base en los mismos siniestros que fueron tenidos en cuenta en la compensación, de tal modo que el hecho de haberse compensado positiva por el mayor índice de siniestralidad hace inoperante la acción de recobro pretendida, en consecuencia es claro que la acción de recobro y compensación para el presente caso no puede ser analizadas de manera aislada, comoquiera que para la compensación se tuvo en cuenta los siniestros que están siendo recobrados, esto es, las prestaciones económicas y asistenciales que ya fueron canceladas por positiva durante octubre de 2014 a septiembre de 2015 a los trabajadores que integran la demanda, de tal modo que con la excepción propuesta en el escrito de la contestación de la demanda, no se desconoce los efectos de la ley 776, como equívocamente lo afirma, sino que lo que se debe considerar es que en atención a los argumentos expuestos allí, que la acción de recobro resulta inoperante durante el periodo compensado, toda vez que los siniestros recobrados en este presente caso corresponden a los mismos siniestros reportados por la actora según su fecha de pago, que fueron tenidos en cuenta para la compensación decretada a su favor. Es por ello que reconocer las pretensiones de la demanda deviene en un enriquecimiento a favor de la demandante, con el consecuente empobrecimiento de mi representada, quien por dos vías diferentes pero aplicadas de manera concurrente, se vería obligada a pagar dos veces las referidas prestaciones. Adicionalmente quisiera llamar la atención del tribunal en los casos de los trabajadores Manuel Gregorio Díaz, en el cual la condena se avista superior a lo pretendido por la demandante, en lo que atañe al subsidio por incapacidades temporales, no se podría haber condenado a mi representada al reembolso de dichas prestaciones que supuestamente fueron reconocidas por la actora a las trabajadoras María Eugenia Anyi y Martha Cecilia Delgado García, pues tal y como se expuso en la contestación y en los alegatos de conclusión, al tratarse de una prestación que es requerida de manera inmediata al concretarse el riesgo en un único momento como es la enfermedad y el accidente de trabajo, corresponde a estas ser asumidas por positiva. En este sentido, no pudo haberse condenado a mi representada a asumir un riesgo que se concretó durante la vinculación de las referidas trabajadoras durante la afiliación de las referidas trabajadoras a la arl demandante. En estos términos dejo expuesto el recurso de apelación interpuesto por colmena seguros, reafirmando que nos encontramos conformes con la exoneración de los tres casos de las trabajadoras que se enuncian en la parte resolutiva de la sentencia, así como la exoneración de la condena en casotas e intereses moratorios, reiterando que los intereses moratorios no pueden ser reconocidos desde la fecha de la demanda, comoquiera que si de llegar a confirmarse la sentencia sería a partir de ese momento que positiva acreditaría tener derecho a dicho reembolso y no desde el mismo momento de la interposición de la demanda. Gracias.

CONSIDERACIONES

En consonancia con los recursos de apelación formulados los apoderados de las partes, y con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., aborda la Sala el estudio de los mismos.

Lo primero que debe advertir la sala es que el Decreto 1771 de 1994, dispone en su artículo 5° que:

*"ARTÍCULO 5. REEMBOLSOS ENTRE ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE RIESGOS PROFESIONALES**. Las prestaciones** derivadas de la enfermedad profesional, serán pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos profesionales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la **prestación asistencial**, o de adquirir el derecho a la prestación económica.*

*La entidad adminsitradora de riesgos profesionales que atienda **las prestaciones económicas** derivadas de la enfermedad profesional, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, y de ser posible, en la función de la causa de la enfermedad.*

*La entidad administradora de riesgos profesionales que asuma **las prestaciones económicas,** podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indeminización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la pensión de invalidez o de sobrevivientes (negrilla fuera del texto).*

Mediante la Ley 776 de 2002, se dictaron normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales, la cual consagra en el parágrafo 2° de su artículo 1°, que:

*"**PARÁGRAFO 2o.** Las prestaciones **asistenciales y económicas** derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.*

*Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume **las prestaciones**, podrá repetir proporcionalmente **por el valor pagado** con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura" (negrilla fuera del texto).*

Luego, el Gobierno Nacional expide el Decreto 1072 de 2015 referente a la reglamentación única del sector trabajo, mediante el cual realiza la compilación de normas reglamentarias preexistentes y, en lo que importa al proceso, para el caso de reembolsos entre entidades administradoras de riesgos laborales, compila en su artículo **2.2.4.4.5.** lo preceptuado en el artículo 5° del Decreto 1771 de 1994, que en principio parecería regular lo referente al rembolso de sumas canceladas por concepto de prestaciones económicas.

Conforme a lo expuesto se debe precisarse que el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto N.° 1657 de 21 de junio de 2005, prevé respecto de los decretos compilatorios que *"El Presidente de la República puede, por medio de un decreto ejecutivo, destinado a desarrollar la facultad propia de velar por el estricto cumplimiento de las leyes prevista en el artículo 189 numeral 10 de la Constitución, expedir decretos compilatorios de leyes." (…) "El decreto compilatorio debe contener las leyes completas y únicamente pueden excluirse de la compilación las que han sido derogadas expresamente por la autoridad competente". (…) "No puede el Ejecutivo hacer interpretación normativa, ni excluir disposiciones redundantes (repetidas) y menos derogar leyes". (…) "Los decretos ejecutivos compiladores de leyes, son actos administrativos que no constituyen un cuerpo legal autónomo, y no tienen valor normativo sino indicativo."*

En esa misma línea de pensamiento, la Corte Constitucional en sentencia C- 839 de 2008, puntualiza que *"La compilación implica agrupar o recopilar en un solo texto, disposiciones jurídicas sobre un tema específico, sin variar en nada su naturaleza y contenido normativo. Esta tarea, no involucra en estricto sentido ejercicio de actividad legislativa, pues quien compila, limita su actividad a la reunión o agregación de normas o estatutos dentro de un criterio de selección que incide en la compilación misma, sin trascendencia al ordenamiento jurídico en cuanto tal".*

Conforme a lo dicho, es dable concluir que el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, no derogó la Ley 776 de 2002, al ser meramente compilatorio. Por tanto, en virtud de dicho precepto legal si es procedente el reembolso de los costos asumidos respecto de prestaciones asistenciales con sujeción y, **en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras**.

Así las cosas, pasa la Sala a validar cada uno de los casos en los cuales se solicita el cobro de prestaciones asistenciales con el fin de determinar la procedencia del reembolso, por lo que a continuación se relacionan los

factores para tener en cuenta, conforme a la documental aportada por las partes:

	NOMBRE	**AFILIACION COLMENA**	**AFILIACIÓN POSITIVA**	**ENFERMEDAD**	**MONTO CANCELADO**	**TIEMPO DE EXPOSICIÓN**	**FECHA PRESTACIÓN PAGADA**
1.	MARY PATRICIA ROJAS ROJAS	01/01/2009 AL 31/08/2013 (Fl.- 242 del Cuaderno principal)	26/01/2011 al 28/02/2011 y del 02/08/2013 a la fecha. (Fl. 2 Cuaderno 2 – tomo 1).	Síndrome del Túnel Carpiano. (Fl.- 26 Cuaderno 2 – tomo 1)	$743.280	20 años Dictamen del 19/01/2011, emitido por NUEVA EPS (FL.- 255-257, Cuaderno principal)	**1.** 28/07/2016 Factura No. C-22689 por $177.800 (fl.- 29 - 30 Cno 2 – tomo 1) **2.** 17/08/2016 Factura No. C-24001 por $270.320 (fl.-35 - 36, Cno 2 – tomo 1) **3.** 17/08/2016 Factura No. C-24000 por $135.160 (fl.-42-43, Cno 2 – tomo 1). **4.** 17/08/2016 Factura No. C-24017 por $160.000 (fl.-45-46, Cno 2 – tomo 1) Suma total facturas: $ **743.280**
2.	LUZ STELLA BEJERANO	01/07/1998 AL 30/03/2005 (FL.- 236 Cno principal)	01/07/2011 a la fecha. (fl.- 57 Cno 2 – tomo 1)	Ruptura del tendón supreaespinoso derecho (DX M751). (FL.- 60 Cno 2 tomo 1).	$639.190	**No prueba el tiempo de exposición al riesgo.** La Juez de primer grado tomó la fecha del diagnóstico (fl.- 77 – 78 del Cno 2 – tomo 1)	**1.**17/12/2016 Factura No. 31732 por $228.000 (fl.- 65 Cno 2 – tomo 1) **2.**20/06/2016 Factura No. 9198 por $53.730 (fl.- 75 Cno 2 – tomo 1) **3.** 24/09/2016 Factura por $250.000 (fl.- 79 Cno 2 – tomo 1) **4.** 19/09/2019

							Factura No. 9656 por $53.730 (fl.- 85 Cno 2 – tomo 1) **5.** 20/06/2016 Factura No. 9225 por $53.730 (fl.- 89Cno 2 – tomo 1). **TOTAL FACTURADO $639.190**
3.	EDILMA GOMEZ SANTAMARÍA	29/10/1996 al 28/02/2013. (fl.- 230 Cno Principal)	1/03/2013 a la fecha. (fl.- 95 Cno 2 – tomo 1)	Síndrome del túnel carpiano	$584.923	**No prueba tiempo de exposición** Allega formulario de dictamen para determinación de origen generado por Positiva ARl en el que refiere que el 7 de junio de 2006 la ARL COLMENA calificó la patología como de origen profesional, no obstante, con él no puede determinarse la exposición al riesgo anterior a dicha data. (fl.- 99 – 100, cno 2- tomo 1) Allega también, dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de invalidez, en el cual, como único dato que aparece es que la paciente "refiere 10 años de síndrome de túnel del carpo bilateral", de fecha 14 de octubre de 2015, sin que se pueda presumir éste como tiempo de exposición al riesgo. (fl.- 107 del cno 2 – tomo 1)	**1.** 12/09/2016 Factura No. FPO414216 por $30.060 (fl.- 113 Cno 2 – tomo 1) **2.** 16/03/2016 Factura No. FSFB03854845 por $39.757 (fl.- 117 Cno 2 – tomo 1) **3.** 14/03/2016 Factura No. FP0331979 por $4.230 (fl.- 122 Cno 2 – tomo 1). **4.** 01/12/2015 Factura No. FSFB03736825 por $185.543 (fl.- 132 Cno 2 – tomo 1) **5.** 30/11/2015 Factura No. SE354416 por $101.968 (fl.- 138Cno 2 – tomo 1) **6.** 11/11/2015 Factura No. FP0259354 por $8.460 (fl.- 145 Cno 2 – tomo 1) **7.** 01/11/2015 Factura No. FSFB03704196 por $37.157(fl.-

							145 Cno 2 – tomo 1). **8.** 10/09/2015 Factura No. 0005110 por $166.238 (fl.- 155 Cno 2 – tomo 1). **Total facturas $573.343**
4	LIGIA BARRERA CORTES	01/07/2016 al 31/11/2012	01/12/2012 a la fecha	Síndrome del túnel carpiano	$554.740	**No prueba tiempo de exposición**. Allega formulario de dictamen para determinación de origen generado por Positiva ARL en el que refiere que el 05/03/2012, fecha tomada por la Juez de primera instancia, se realizó un estudio de Electromiografía, que arrojó como resultado "atrapamiento del nervio mediano a nivel del túnel del carpo, de carácter moderado en miembro superior derecho", no obstante, con él no puede determinarse la exposición al riesgo anterior a dicha data. (fl.- 164-167, cno 2-tomo 1) Allega también, dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de invalidez, en el cual, como único dato que aparece, que se realizó un estudio de Electromiografía, (EMG), el día 05/03/2012, sin que se pueda presumir que desde éste tiempo está expuesta al riesgo. (fl.- 173 del cno 2 – tomo 1)	**1.** 18/01/2013 Factura No. 25863 por $40.852 (fl.- 177 Cno 2 – tomo 1). **2.** 28/06/2013 Factura No. 70834 por $24.188 (fl.- 177 Cno 2 – tomo 1). **3.** 21/08/2003 Factura No. A_00040668 por $146.200 (fl.- 186 Cno 2 – tomo 1). **4.** 13/09/2013 Factura No. A_00040996 por $600.000 (fl.- 192Cno 2 – tomo 1). **5.** 20/11/2013 Factura No. 2989 por $220.000 (fl.- 197 Cno 2 – tomo 1). **6.** 20/11/2013 Factura No. 3098 por $38.500 (fl.- 199Cno 2 – tomo 1). **7.** 20/03/2014 Factura No. 30441 por $500.000 (fl.- 201 Cno 2 – tomo 1). **Total facturado $1.069.740**

5	FLOR ALBA ROJAS CHIMBI	01/05/2007 al 31/01/2015	05/06/2008 al 30/06/2010 y del 01/02/2015 a la fecha	Síndrome del túnel del carpo bilateral – Epitrocleitis – síndrome de manguito rotador.	$5.023.959	**No prueba tiempo de exposición**. Allega formulario de dictamen para determinación de origen generado por Positiva ARL en el que refiere "Fecha, AR o Dx. EP: 28 de julio de 2010" fecha que fue tomada por la Juez de primera instancia, como tiempo de exposición al riesgo, no obstante de la revisión total de las documentales allegadas y en especial del CD allegado como pruebas por la parte actora (PRUEBA 1, Folio 4) se establece que ésta, fue la fecha del primer diagnóstico, el cual arrojó además, que se trataba de una enfermedad de origen común, sin que pueda determinarse con la calidad el tiempo de exposición al riesgo anterior a dicha data. (fl.- 209-218, cno 2- tomo 1)	**1.** 31/12/2016 Factura No. C 38806 por $208.000 (fl.- 219Cno 2 – tomo 1). **2.** 30/11/2016 Factura No. 37837 por $60.000 (fl.- 224 Cno 2 – tomo 1). **3.** 18/03/2016 Factura No. 8778 por $25.000 (fl.- 228 Cno 2 – tomo 1). **4.** 31/12/2005 Factura No. 23550 por $60.000 (fl.- 230 Cno 2 – tomo 1). **5.** 11/03/2015 Factura No. SERL55684 por $3.102.000 (fl.- 232-233 Cno 2 – tomo 1). **6.** 31/08/2015 Factura No. C 19501 por $55.000 (fl.- 256 Cno 2 – tomo 1). **7.** 20/08/2015 Factura No. 7435 por $38.500 (fl.- 260 Cno 2 – tomo 1). **8.** 20/08/2015 Factura No. 7387 por $230.000 (fl.- 262 Cno 2 – tomo 1). **9.** 20/08/2015 Factura No. 7409 por $35.256 (fl.- 264 Cno 2 – tomo 1). **10.** 31/07/2015

							Factura No. 18453 por $773.300 (fl.- 267 Cno 2 – tomo 1). **11.** 30/06/2015 Factura No. 17780 por $436.900 (fl.- 201 Cno 2 – tomo 1). **TOTAL FACTURADO $5.013.656**
6	MARIA EUGENIA ANGEE	06/06/1999/ AL 28/02/2013	01/03/2013 a la fecha	Síndrome del túnel del carpo bilateral - tenosinovitis crónica de antebrazo y mano.	$30.492.071	**218 meses.** Formulario de dictamen del 14/08/2015, emitido por CAFESALUD EPS (FL.- 418 , Cno 2 – tomo 1)	**1.** 8/02/2016 Factura No. 177640 por $169.700 (fl.- 312 Cno 2 – tomo 1). **2.** 16/05/2016 Factura No. E3653 por $848.610 (fl.- 321 Cno 2 – tomo 1). **3.** SIN FECHA - ILEGIBLE por $937.315 (fl.- 324 Cno 2 – tomo 1). **4.** 4/03/2016 Factura No. 177871 por $169.700 (fl.- 325 Cno 2 – tomo 1). **5.** 25/05/2016 Factura No. E5762 por $21.000 (fl.- 330 Cno 2 – tomo 1). **6.** FACTURA ILEGIBLE por $462.100 (fl.- 331 Cno 2 – tomo 1). **7.** 26/05/2016 Factura No. E6286 por $796.110 (fl.- 333 Cno 2 – tomo 1). **8.** 01/03/2016

							Factura No. 11048 por $879.512 (fl.- 336 Cno 2 – tomo 1). **9.** 26/05/2016 Factura No. E6287 por $1.533.420 (fl.- 337 Cno 2 – tomo 1). **10.** 01/03/2016 Factura No. 1049 por $1.694.084 (fl.- 343 Cno 2 – tomo 1). **11.** 02/06/2016 Factura No. E7498 por $1.422.960 (fl.- 344 Cno 2 – tomo 1). **12.** factura ilegible por $1.573.032 (fl.- 351 Cno 2 – tomo 1). **13.** 02/06/2016 Factura No. 312906 por $39.800 (fl.- 352 Cno 2 – tomo 1). **14.** 01/07/2016 Factura No. 00213 por $90.000 (fl.- 356-357 Cno 2 – tomo 1). **15.** 11/08/2016 Factura No. E18005 por $794.220 (fl.- 360 Cno 2 – tomo 1). **16.** 01/08/2016 Factura No. 14644 por $877.424 (fl.- 363 Cno 2 – tomo 1). **17.** 11/08/2016

							Factura No. E18007 por $1.273.230 (fl.- 364 Cno 2 – tomo 1). **18.** 30/06/2015 Factura No. 17780 por $436.900 (fl.- 201 Cno 2 – tomo 1). **19.** 19/08/2016 Factura No. 325732 por $39.800 (fl.- 378 Cno 2 – tomo 1). **20.** 05/09/2016 Factura No. E20109 por $3.136.980 (fl.- 382 Cno 2 – tomo 1). **21.** 30/06/2015 Factura No. 17780 por $436.900 (fl.- 382 Cno 2 – tomo 1). **22.** 27/09/2016 Factura No. E22746 por $1.611.120 (fl.- 391 Cno 2 – tomo 1). **23.** 15/09/2016 Factura No. 16353 por $1.779.904 (fl.- 401 Cno 2 – tomo 1). **24.** 03/05/2013 Factura No. 00096904 por $125.116 (fl.- 427 Cno 2 – tomo 1). **25.** 09/05/2013 Factura No. 61419 por $587.319 (fl.- 430 Cno 2 – tomo 1). **26.** 20/09/2013

							Factura No. 88250 por $672.756 (fl.- 432Cno 2 – tomo 1). **27.** 24/09/2013 Factura No. 88955 por $231.616 (fl.- 434 Cno 2 – tomo 1). **28.** 11/04/2013 Factura No. 1620636 por $34.000 (fl.- 440 Cno 2 – tomo 1). **29.** 28/04/2013 Factura No. 163876 por $34.000 (fl.- 443 Cno 2 – tomo 1). **30.** 36/04/2013 Factura No. 163876 por $34.000 (fl.- 448 Cno 2 – tomo 1). **31.** 27/03/2013 Factura No. 166729 por $3.931.300 (fl.- 450 Cno 2 – tomo 1). **32.** 23/05/2013 Factura No. 166423 por $34.000 (fl.- 462 Cno 2 – tomo 1). **33.** 22/07/2013 Factura No. 17919 por $34.000 (fl.- 758 Cno 2 – tomo 1). **34.** 08/08/2013 Factura No. 173600 por $201.600 (fl.- 463 Cno 2 – tomo 1). **35.** 10/11/2013 Factura No. P-2454 por $40.993

							(fl.- 467 Cno 2 – tomo 1). **36.** 26/01/2014 Factura No. 192890 por $34.000 (fl.- 471 Cno 2 – tomo 1). **37.** 23/01/2014 Factura No. 192347 por $35.500 (fl.- 476 Cno 2 – tomo 1). **38.** 03/02/2014 Factura No. 1933876 por $359.200 (fl.- 480 Cno 2 – tomo 1). **39.** 18/02/2018 Factura No. 195637 por $318.000 (fl.- 483 Cno 2 – tomo 1). **40.** 17/07/2014 Factura No. 107940 por $126.000 (fl.- 492 Cno 2 – tomo 1). **41.** 27/06/2014 Factura No. 105859 por $207.950 (fl.- 489 Cno 2 – tomo 1). **42.** 03/04/2014 Factura No. 562 por $32.700 (fl.- 495-496 Cno 2 – tomo 1). **43.** 07/07/2014 Factura No. 731 por $35.522 (fl.- 511-512 Cno 2 – tomo 2). **44.** 05/08/2014 Factura No. 764 por $478.800 (fl.- 516-517 Cno 2 – tomo 2). **45.** 04/10/2014

							Factura No. 841 por $35.522 (fl.- 518 Cno 2 – tomo 2). **46.** 01/12/2014 Factura No. 922 por $316.200 (fl.- 521-522 Cno 2 – tomo 2). **47.** 01/12/2014 Factura No. 916 por $35.522(fl.- 527-528Cno 2 – tomo 2). **48.** 15/01/2014 Factura No. FP012765 por $119.250 (fl.- 530 Cno 2 – tomo 2). **49.** 16/01/2014 Factura No. FP013589 por $119.200 (fl.- 532 Cno 2 – tomo 2). **50.** 21/02/2014 Factura No. FP023102 por $437.076 (fl.- 537 Cno 2 – tomo 2). **51.** 08/05/2014 Factura No. FP042869 por $606.186(fl.- 543 Cno 2 – tomo 2). **52.** 11/10/2014 Factura No. FP0101104 por $505.830 (fl.- 547 Cno 2 – tomo 2). **53.** 12/07/2014 Factura No. FP059427 por $213.450 (fl.- 549 Cno 2 – tomo 2). **54.** 08/04/2015 Factura No. 00001785 por $1.100.000 (fl.-

							553-554 Cno 2 – tomo 2). **55.** 08/04/2015 Factura No. 00001744 por $113.000 (fl.- 555-556 Cno 2 – tomo 2). **56.** 28/03/2015 Factura No. 246687 por $37.200 (fl.- 558 Cno 2 – tomo 2). **57.** 15/03/2015 Factura No. 138306 por $211.650 (fl.- 562 Cno 2 – tomo 2). **58.** 05/05/2015 Factura No. 252322 por $37.200 (fl.- 565 Cno 2 – tomo 2). **59.** 18/06/2015 Factura No. 152619 por $72.000 (fl.- 572- Cno 2 – tomo 2). **60.** 26/06/2015 Factura No. 153907 por $169.700 (fl.- 575 Cno 2 – tomo 2). **61.** 25/06/2015 Factura No. 260592 por $37.200 (fl.- 578 Cno 2 – tomo 2). **62.** 10/03/2015 Factura No. 1019 por $37.200(fl.- 581-582Cno 2 – tomo 2). **63.** 07/01/2015 Factura No. FP0127556 por $301.004 (fl.- 585 Cno 2 – tomo 2). **64.** 27/07/2015

							Factura No. 265339 por $37.200 (fl.- 590 Cno 2 – tomo 2). **65.** 01/08/2015 Factura No. 266392 por $594.200 (fl.- 593 Cno 2 – tomo 2). **66.** 18/04/2015 Factura No. 143222 por $135.000 (fl.- 596 Cno 2 – tomo 2). **67.** 10/09/2015 Factura No. 00002510 por $220.000 (fl.- 600-601Cno 2 – tomo 2). **68.** 05/10/2015 Factura No. 277073 por $37.200 (fl.- 604 Cno 2 – tomo 2). **69.** 06/11/2015 Factura No. 1309 por $330.000 (fl.- 607-608 Cno 2 – tomo 2). **70.** 09/11/2015 Factura No. 1317 por $37.200 (fl.- 612-613 Cno 2 – tomo 2). **71.** 27/11/2015 Factura No. FPD0270175 por $63.538 (fl.- 617 Cno 2 – tomo 2). **72.** 10-01-2015 Factura No. 955 por $478.800 (fl.- 622 – 623 Cno 2 – tomo 2). **73.** 02/12/52015 Factura No. 1371 por $235.782 (fl.-

							626-627 Cno 2 – tomo 2). **74.** 09/01/2016 Factura No. 290812 por $37.200 (fl.- 631 Cno 2 – tomo 2). **75.** 20/01/2016 Factura No. FP0294063 Por $150.360 (fl.- 636 Cno 2 – tomo 2). **76.** 01/02/2016 Factura No. 00083 por $90.000 (fl.- 643 Y 646 Cno 2 – tomo 2). **77.** 16/12/2015 Factura No. 177196 por $169.700 (fl.- 651 Cno 2 – tomo 2). **78.** 25/01/2016 Factura No. 193247 por $39.800 (fl.- 656 Cno 2 – tomo 2). **79.** 18/02/2016 Factura No. FP0321127 por $125.730 (fl.- 660 Cno 2 – tomo 2). **80.** 26/01/2016 Factura No. 177502 por $180.000 (fl.- 667 Cno 2 – tomo 2). **81.** 28/03/2016 Factura No. 302837por $39.800 (fl.- 668 Cno 2 – tomo 2). **82.** 25/02/2016 Factura No. 298557 por $39.800 (fl.- 671 Cno 2 – tomo 2).

							83. 08/04/2016 Factura No. FP0342305 por $331.238 (fl.- 675 Cno 2 – tomo 2). **84.** 06/04/2016 Factura No. 304761 por $869.700 (fl.- 680 Cno 2 – tomo 2). **TOTAL FACTURADO $37.358.831**
7.	MANUEL GREGORIO DIAZ CORTES	04/05/2007 AL 31/12/2010	01/01/2011 a la fecha	Discopatía lumbar – hernia discal – Protusión discal	$1.337.139	22 años Formulario de Dictamen 27/01/2011, emitido por POSITIVA (FL.- 688-690, Cno 2 – Tomo 2)	**1.** 31/05/2012 Factura No. 14389 por $129.816 (fl.- 691 Cno 2 – tomo 2). **2.** 09/06/2012 Factura No. CR02-048080 por $395.278 (fl.- 693-694 Cno 2 – tomo 2). **3.** 30/06/2012 Factura No. 16610 por $307.860 (fl.- 702 Cno 2 – tomo 2). **4.** 29/05/2012 Factura No. 3161 por $224.400 (fl.- 705 Cno 2 – tomo 2). **5.** 13/09/2011 Factura No. 7196 por $235.640 (fl.- 708 708 Cno 2 – tomo 2). **6.** 05/10/2012 Factura No. 21757 por $44.145 (fl.- 710 Cno 2 – tomo 2). **TOTAL FACTURADO $1.060.059**

8	OMAIRA BUITRAGO GUERRERO	07/11/2007 al 31/10/2015	01/02/2015 a la fecha	Síndrome del túnel del carpo bilateral	$589.000	72 meses Dictamen de origen – Salud ocupacional EPS FAMISANAR de fechas 31/10/2014 (FL.- 260-265 Cno Principal)	**1.** 15/10/20016 Factura No. SERL91893 por $39.000 (fl.- 730 Cno 2 – tomo 2). **2.** 30/09/2016 Factura No. C_27505 por $48.000 (fl.- 735-737 Cno 2 – tomo 2). **3.** 20/02/2016 Factura No. SERL74360 por $130.000 (fl.- 741 Cno 2 – tomo 2). **4.** 31/12/2015 Factura No. C 23471 por $60.000 (fl.- 744 Cno 2 – tomo 2). **5.** 31/08/2015 Factura No. C 19416 por $71.000 (fl.- 747 Cno 2 – tomo 2). **6.** 19/08/2015 Factura No. 12995 por $18.000 (fl.- 753 Cno 2 – tomo 2). **7.** 19/08/2015 Factura No. 12991 por $18.000 (fl.- 756 Cno 2 – tomo 2). **8.** 19/08/2015 Factura No. 13007 por $180.000 (fl.- 759 Cno 2 – tomo 2). **9.** 17/07/2015 Factura No. 1274 por $25.000 (fl.- 762-763 Cno 2 – tomo 2). **TOTAL FACTURADO $589.000**

9	ELIZABETH CARMONA ECHEVERRY	01/06/2008 al 30/11/2011	01/12/2011 a la fecha	STC bilateral con predominio derecho	$735.300	**No prueba la fecha de exposición al riesgo.** La Juez tomó la fecha en la que le fue diagnosticada la enfermedad. 1 de febrero de 2009 (fl.- 774 Cno 2 – Tomo 2	**1.** 05/01/2015 Factura No. 0387 por $25.000(fl.- 781Cno 2 – tomo 2). **2.** 05/01/2015 Factura No. 0363 por $60.000 (fl.- 784 Cno 2 – tomo 2). **3.** 16/03/2015 Factura No. 0771 por $220.000 (fl.- 791 Cno 2 – tomo 2). **4.** 16/03/2015 Factura No. 0696 por $60.000 (fl.- 802 Cno 2 – tomo 2). **5.** 15/05/2015 Factura No. 0999 por $60.000 (fl.- 809 Cno 2 – tomo 2). **6.** 01/06/2015 Factura No. 1133 por $220.000 (fl.- 812 Cno 2 – tomo 2). **7.** 31/03/20215 Factura No. SIN NÚMERO por $90.300 (fl.- 805 Cno 2 – tomo 2). **TOTAL FACTURADO $735.300**
10	CLAUDIA HERMINIA IZQUIERDO SANDOVAL	01/05/2007 al 30/07/2010 y 01/08/2010 a 31/10/2015	01/10/1997 al 30/06/2010 y del 01/02/2015 a la fecha.	Síndrome del manguito rotador derecho. – epicondilitis mixta	$706.756	**No probó el tiempo de exposición al riesgo.** La juez tomo la fecha de la estructuración de la invalidez	**1.** 28/02/2015 Factura No. C 14078 por $60.000 (fl.- 837 Cno 2 – tomo 2). **2.** 31/05/2015

				derecha – tendinitis flexoextensores carpo derecho.		31/03/2019. (fl.-829 Cno 2 – Tomo 2)	Factura No. C 16397 por $60.000 (fl.- 841 Cno 2 – tomo 2). **3.** 31/08/2015 Factura No. C 19457 por $16.000 (fl.- 843 Cno 2 – tomo 2). **4.** 19/10/2015 Factura No. 7746 por $38.500 (fl.- 847 Cno 2 – tomo 2). **5.**13/10/2015 Factura No. 7725 por $230.000 (fl.- 849 Cno 2 – tomo 2). **6.** 19/10/2015 Factura No. 7737 por $35.256 (fl.- 851 Cno 2 – tomo 2). **7.** 31/10/2015 Factura No. 21548 por $17.000 (fl.- 853 Cno 2 – tomo 2). **8.** 30/11/2015 Factura No. SERL66238 por $130.000 (fl.- 857 Cno 2 – tomo 2). **9.** 31/12/2015 Factura No. 23506 por $60.000 (fl.- 860 Cno 2 – tomo 2). **10.** 30/06/2016 Factura No. 30856 por $60.000 (fl.- 863 Cno 2 – tomo 2). **11.** 30/06/2016 Factura No. 30856 por $60.000 (fl.- 863 Cno 2 – tomo 2).

							TOTAL FACTURADO $706.756
11	NATIVIDAD JIMENEZ HERNANDEZ	01/07/2006 al 30/11/2012	01/12/2012 al 22/06/2015	Epicondilitis medial bilateral – Epicondilitis lateral bilateral	**$8.219.632**	**No probó la fecha de exposición al riesgo**. La Juez señala que el dictamen "*fue realizado el 4 de diciembre de 2009, en el dictamen se indica que la epicondilitis se presentó desde hace 2 años, se tiene entonces que la fecha de estructuración es desde el 4 de diciembre de 2007"* y tomo dicha data como fecha de exposición del riesgo.	**1.** 18/01/2013 Factura No. 25831 por $40.852 (fl.- 880 Cno 2 – tomo 2). **2.** 01/03/2013 Factura No. 22364 por $37.400 (fl.- 885 Cno 2 – tomo 2). **3.** 13/03/2013 Factura No. 26983 por $169.202 (fl.- 888 Cno 2 – tomo 2). **4.** 18/03/2013 Factura No. 27379 por $220.000 (fl.- 891 Cno 2 – tomo 2). **5.** 19/03/2019 Factura No. 2795603 por $786.298 (fl.- 897 Cno 2 – tomo 2). **6.** 26/03/2013 Factura No. 51623 por $558.440 (fl.- 903 Cno 2 – tomo 2). **7.** 08/04/13 Factura No. 27894 por $38.500 (fl.- 905 Cno 2 – tomo 2). **8.** 10/04/2013 Factura No. 55333 por $238.318 (fl.- 910 Cno 2 – tomo 2). **9.** 17/04/2013 Factura No. 0335 por $155.000 (fl.- 914 Cno 2 – tomo 2).

							10. 17/04/2013 Factura No. 0375 por $50.000 (fl.- 919 Cno 2 – tomo 2). **11.** 30/03/2013 Factura No. 52252 por $546.920 (fl.- 922 Cno 2 – tomo 2). **12.** 10/05/2013 Factura No. 0469 por $50.000 (fl.- 924 Cno 2 – tomo 2). **13.** 18/05/2013 Factura No. 0617 por $150.000 (fl.- 927 Cno 2 – tomo 2). **14.** 18/05/2013 Factura No. 0617 por $150.000 (fl.- 927 Cno 2 – tomo 2). **15.** 28/05/2013 Factura No. 37614 por $37.400 (fl.- 930 Cno 2 – tomo 2). **16.** 21/05/2013 Factura No. 36580 por $109.588 (fl.- 933 Cno 2 – tomo 2). **17.** 31/05/2013 Factura No. 38509 por $37.400 (fl.- 937 Cno 2 – tomo 2). **18.** 04/06/2013 Factura No. 0718 por $100.000 (fl.- 941 Cno 2 – tomo 2). **19.** 04/06/2013 Factura No. 38966 por

							$14.388 (fl.- 945 Cno 2 – tomo 2). **20.** 19/06/2013 Factura No. 0816 por $100.0000 (fl.- 949 Cno 2 – tomo 2). **21.** 02/07/2013 Factura No. 0863 por $50.000 (fl.- 952 Cno 2 – tomo 2). **22.** 17/07/2013 Factura No. 0934 por $99.000 (fl.- 955 Cno 2 – tomo 2). **23.** 18/07/2013 Factura No. 43649 por $37.400 (fl.- 959 Cno 2 – tomo 2). **24.** 08/08/2013 Factura No. 1106 por $100.000 (fl.- 963 Cno 2 – tomo 2). **25.** 17/08/2013 Factura No. 1214 por $50.000 (fl.- 966 Cno 2 – tomo 2). **26.** 06/08/2013 Factura No. 46492 por $37.400 (fl.- 969 Cno 2 – tomo 2). **27.** 06/08/2013 Factura No.48111 por $70.474 (fl.- 973 Cno 2 – tomo 2). **28.** 06/08/2013 Factura No. 1626 por $100.000 (fl.- 977 Cno 2 – tomo 2). **29.** 05/11/2013

							Factura No. 1956 por $100.000 (fl.- 980 Cno 2 – tomo 2). **30.** 09/12/2013 Factura No. 2312 por $100.000 (fl.- 983 Cno 2 – tomo 2). **31.** 09/12/2013 Factura No. 30367 por $15.000 (fl.- 986-987 Cno 2 – tomo 2). **32.** 30/12/2013 Factura No. 2469 por $50.000 (fl.- 989 Cno 2 – tomo 2). **33.** 20/01/2014 Factura No. 2623 por $99.000 (fl.- 992 Cno 2 – tomo 2). **34.** 20/01/2014 Factura No. 2667 por $50.000 (fl.- 996 Cno 2 – tomo 2). **35.** 05/02/2014 Factura No. 2949 por $100.000 (fl.- 1002 Cno 2 – tomo 3). **36.** 17/02/2014 Factura No. 3030 por $50.000 (fl.- 1005 Cno 2 – tomo 3). **37.** 05/03/2014 Factura No. 3372 por $100.000 (fl.- 1008 Cno 2 – tomo 3). **38.** 05/03/2014 Factura No. 3372 por $100.000 (fl.-

							1008 Cno 2 – tomo 3). **39.** 28/02/2014 Factura No. 91439 por $182.150 (fl.- 1011 Cno 2 – tomo 3). **40.** 20/03/2014 Factura No. 3564 por $100.000 (fl.- 1014 Cno 2 – tomo 3). **41.** 02/04/2014 Factura No. 3803 por $100.000 (fl.- 1017 Cno 2 – tomo 3). **42.** 02/04/2014 Factura No. 3803 por $100.000 (fl.- 1017 Cno 2 – tomo 3). **43.** 29/08/2014 Factura No. 112980 por $125.850 (fl.- 1020 Cno 2 – tomo 3). **44.** 16/09/2014 Factura No. 6804 por $50.000 (fl.- 1022 Cno 2 – tomo 3). **45.** 04/10/2014 Factura No. 7314 por $150.000 (fl.- 1025 Cno 2 – tomo 3). **46.** 17/10/2014 Factura No. 7392 por $50.000 (fl.- 1028 Cno 2 – tomo 3). **47.** 17/10/2014 Factura No. 7392 por $50.000 (fl.- 1028 Cno 2 – tomo 3).

							48. 17/11/2014 Factura No. 7673 por $99.000 (fl.-1031 Cno 2 – tomo 3). **49.** 07/11/2014 Factura No. 7758 por $50.000 (fl.-1035 Cno 2 – tomo 3). **50.** 18/11/2014 Factura No. 8112 por $50.000 (fl.-1038 Cno 2 – tomo 3). **51.** 01/12/2014 Factura No. 8331 por $50.000 (fl.-1041 Cno 2 – tomo 3). **52.** 03/12/2014 Factura No. 8634 por $50.000 (fl.-1044 Cno 2 – tomo 3). **53.** 03/12/2014 Factura No. 8634 por $50.000 (fl.-1044 Cno 2 – tomo 3). **54.** 04/03/2014 Factura No. FP027819 por $375.239 (fl.-1047 Cno 2 – tomo 3). **55.** 24/11/2014 Factura No. FP0109727 por $274.314 (fl.-1053 Cno 2 – tomo 3). **56.** 03/01/2015 Factura No. 8932 por $100.000 (fl.-1057 Cno 2 – tomo 3). **57.** 16/01/2015

							Factura No. 9322 por $100.000 (fl.-1060 Cno 2 – tomo 3). **58.** 03/02/2015 Factura No. 9470 por $50.000 (fl.-1063 Cno 2 – tomo 3). **59.** 15/01/2015 Factura No. 129757 por $125.850 (fl.-1066 Cno 2 – tomo 3). **60.** 17/02/2015 Factura No. 9805 por $100.000 (fl.-1068 Cno 2 – tomo 3). **61.** 02/03/2015 Factura No. 9931 por $99.000 (fl.-1071 Cno 2 – tomo 3). **62.** 19/03/2015 Factura No. 10443 por $100.000 (fl.-1075 Cno 2 – tomo 3). **63.** 28/04/2014 Factura No. 4036 por $50.000 (fl.-1078 Cno 2 – tomo 3). **64.** 07/05/2014 Factura No. 4333 por $100.000 (fl.-1081 Cno 2 – tomo 3). **65.** 19/05/2014 Factura No. 4503 por $50.000 (fl.-1084 Cno 2 – tomo 3). **66.** 03/06/2014 Factura No. 4931 por $100.000 (fl.-

							1086 Cno 2 – tomo 3). **67.** 17/06/2014 Factura No. 4983 por $99.000 (fl.- 1089 Cno 2 – tomo 3). **68.** 17/06/2014 Factura No. 5035 por $50.000 (fl.- 1093 Cno 2 – tomo 3). **69.** 01/07/2014 Factura No. 5315 por $50.000 (fl.- 1096 Cno 2 – tomo 3). **70.** 09/06/2014 Factura No. 103642 por $41.950 (fl.- 1102 Cno 2 – tomo 3). **71.** 17/07/2014 Factura No. 5638 por $50.000 (fl.- 1105 Cno 2 – tomo 3). **72.** 19/08/2014 Factura No. 6358 por $100.000 (fl.- 1108 Cno 2 – tomo 3). **73.** 02/09/2014 Factura No. 6619 por $100.000 (fl.- 1111 Cno 2 – tomo 3). **TOTAL FACTURADO $8.270.231**
12	JANETH BETANCOURT DE LOPEZ	01/01/1999 al 30/11/2002 y del 01/01/2001 al 31/12/2002	01/06/12 al 31/12 2015	Síndrome del Túnel del Carpo	**$7.856.133**	**No prueba la fecha de la exposición del riesgo.** La Juez tomo la fecha de la estructuración de la enfermedad (fl.- 1121)	**1.** 16/06/12 Factura No. 17518 por $44.145 (fl.- 1128 Cno 2 – tomo 3). **2.** 13/07/2012 Factura No. 8239 por $344.536 (fl.-

							1133 Cno 2 – tomo 3). **3.** 17/07/2012 Factura No. 18482 por $44.145 (fl.- 1140 Cno 2 – tomo 3). **4.** 09/08/2012 Factura No. 19141 por $44.145 (fl.- 1148 Cno 2 – tomo 3). **5.** 15/09/2012 Factura No. 21440 por $355.000 (fl.- 1153 Cno 2 – tomo 3). **6.** 30/08/2012 Factura No. 22713 por $182.940 (fl.- 1156 cCno 2 – tomo 3). **7.** 04/12/2012 Factura No. 91767 por $42.330 (fl.- 1159 Cno 2 – tomo 3). **8.** 02/01/2013 Factura No. 14674 por $9.592 (fl.- 1163 Cno 2 – tomo 3). **9.** 16/01/2013 Factura No. 25346 por $155.000 (fl.- 1166 Cno 2 – tomo 3). **10.** 09/02/2013 Factura No. 0092 por $200.000 (fl.- 1171 Cno 2 – tomo 3). **11.** 02/03/2013 Factura No. 94126 por

							$42.330 (fl.- 1174 Cno 2 – tomo 3). **12.** 02/03/2013 Factura No. 94161 por $42.330 (fl.- 1176 Cno 2 – tomo 3). **13.** 08/03/2013 Factura No. 0206 por $150.000 (fl.- 1180 Cno 2 – tomo 3). **14.** 08/03/2013 Factura No. 25942 por $37.400 (fl.- 1183Cno 2 – tomo 3). **15.** 01/03/2013 Factura No. 47445 por $75.000 (fl.- 1186 Cno 2 – tomo 3). **16.** 21/03/2013 Factura No. 10409 por $358.420 (fl.- 1189 Cno 2 – tomo 3). **17.** 08/04/2013 Factura No. 0229 por $99.000 (fl.- 1195 Cno 2 – tomo 3). **18.** 08/04/2013 Factura No. 0308 por $150.000 (fl.- 1199 Cno 2 – tomo 3). **19.** 17/04/2013 Factura No. 0389 por $50.000 (fl.- 1202 Cno 2 – tomo 3). **20.** 03/05/2013 Factura No. 96899 por $42.330 (fl.- 1205 Cno 2 – tomo 3).

							21. 10/05/2013 Factura No. 0490 por $100.000 (fl.- 1208 Cno 2 – tomo 3). **22.** 15/05/2013 Factura No. 62301 por $101.101 (fl.- 1211 Cno 2 – tomo 3). **23.** 17/05/2013 Factura No. 28544 por $220.000 (fl.- 1214 Cno 2 – tomo 3). **24.** 09/04/2013 Factura No. 000016 por $220.000 (fl.- 1222 – 1222 Cno 2 – tomo 3). **25.** 04/06/2013 Factura No. 98050 por $42.330 (fl.- 1227 Cno 2 – tomo 3). **26.** 14/06/2013 Factura No. 67032 por $151.320 (fl.- 1230 Cno 2 – tomo 3). **27.** 28/06/2013 Factura No. 70826 por $100.880 (fl.- 1233 Cno 2 – tomo 3). **28.** 02/09/2013 Factura No. 99106 por $42.330 (fl.- 1235 Cno 2 – tomo 3). **29.** 30/08/2014 Factura No. 84855 por

							$240.851 (fl.- 1238 Cno 2 – tomo 3). **30.** 03/09/2013 Factura No. 101399 por $42.330 (fl.- 1241 Cno 2 – tomo 3). **31.** 03/09/2014 Factura No. 101394 por $42.330 (fl.- 1244 Cno 2 – tomo 3). **32.** 01/11/2013 Factura No. 103441 por $42.330 (fl.- 1247 Cno 2 – tomo 3). **33.** 04/12/2013 Factura No. 104400 por $42.330 (fl.- 1251 Cno 2 – tomo 3). **34.** 04/03/2014 Factura No. 106898 por $42.330 (fl.- 1258 Cno 2 – tomo 3). **35.** 04/03/2014 Factura No. 1262 por $42.330 (fl.- 1262 Cno 2 – tomo 3). **36.** 04/03/2014 Factura No. 106919 por $42.330 (fl.- 1262 Cno 2 – tomo 3). **37.** 03/09/2014 Factura No. 113336 por $42.330 (fl.- 1270 Cno 2 – tomo 3). **38.** 03/09/2014 Factura No. 113340 por $84.660 (fl.- 1273 Cno 2 – tomo 3).

							39. 04/09/2014 Factura No. 95507 por $39.100 (fl.- 1278 Cno 2 – tomo 3). **40.** 06/08/2014 Factura No. 91745 por $39.050 (fl.- 1281 Cno 2 – tomo 3). **41.** 03/03/2014 Factura No. FO027329 por $384.600 (fl.- 1282 Cno 2 – tomo 3). **42.** 04/03/2014 Factura No. FP027730 por $356.400 (fl.- 1287 Cno 2 – tomo 3). **43.** 16/94/2014 Factura No. FP039713 por $328.200 (fl.- 1292 Cno 2 – tomo 3). **44.** 22/04/2014 Factura No. FP040254 por $56.400 (fl.- 1297 Cno 2 – tomo 3). **45.** 19/05/2014 Factura No. FP046895 por $294.000 (fl.- 1302 Cno 2 – tomo 3). **46.** 28/06/2014 Factura No. FP056893 por $503.400 (fl.- 1307 Cno 2 – tomo 3). **47.** 26/07/2014 Factura No. FP072609 por $249.600 (fl.-

							1312 Cno 2 – tomo 3). **48.** 26/07/2014 Factura No. FP072140 por $639.450 (fl.- 1316 Cno 2 – tomo 3). **49.** 16/09/2014 Factura No. FP091643 por $826.650 (fl.- 1320 Cno 2 – tomo 3). **50.** 20/11/2014 Factura No.0000002300 por $39.500 (fl.- 1328 Cno 2 – tomo 3). **TOTAL FACTURADO $7.932.445**
13	GLORIA INES DAZA VILLAMIL	NO TIENE AFILIACIONES REGUSTRADA A COLMENA					
14	MARLY SANCHEZ CASTRO	01/05/2007 al 31/01/2015	01/02/2015 a la fecha	Síndrome del túnel del carpo derecho	**$625.500**	72 meses. Dictamen de origen efectuado por FAMISANAR EPS – 16 de noviembre de 2011. (fl.- 251 Cno principal)	**01.** 31/05/2016 Factura No.C 29597 por $208.000 (fl.- 1389 Cno 2 – tomo 3). **2.** 29/02/2016 Factura No.C 26092 por $60.000 (fl.- 1392 Cno 2 – tomo 3). **3.** 20/11/2015 Factura No.7980 por $25.000 (fl.- 1394 - 1395 Cno 2 – tomo 3). **4.** 20/08/2015 Factura No.7437 por $38.500 (fl.- 1397 Cno 2 – tomo 3). **5.** 14/05/2015

							Factura No.S808 por $45.000 (fl.- 1399 Cno 2 – tomo 3). **6.** 30/04/2015 Factura No.C 15362 por $60.000 (fl.- 1402 Cno 2 – tomo 3). **7.** 31/03/2015 Factura No. C 14336 por $189.000 (fl.- 1405 Cno 2 – tomo 3). **TOTAL FACTURADO $625.500**
15	MARTHA CECILIA DELGADO	01/10/2008 al 31/01/2015	01/01/2015 a la fecha	Teninitis de flexoextensores de antebrazos y manos bilateral – Epicondilitis mixta bilateral – bursitis subacronio subdeltoidea derecha - hernia discal L5 S1 lumbalgia mecánica crónica	**$621.784**	**No probó la fecha de exposición al riesgo.** La juez tomó en cuenta la fecha de estructuración.	**1.** 23/11/2015 Factura No. PC07141800 por $19.190 (fl.- 1432 Cno 2 – tomo 3). **2.** 30/10/2015 Factura No. D2035278 por $11.732 (fl.- 1434 Cno 2 – tomo 3). **3.** 04/10/2016 Factura No. FP0428985 por $64.800 (fl.- 1438 Cno 2 – tomo 3). **4.** 22/01/2016 Factura No. FP0297735 por $4.230 (fl.- 1442 Cno 2 – tomo 3). **5.** 18/04/2016 Factura No. SERL78208 por $130.000 (fl.- 1446 Cno 2 – tomo 3) **6.** 30/11/2015 Factura No. C22670 por $245.000 (fl.-

							1455 Cno 2 – tomo 3) **7.** 31/10/2015 Factura No. C21517 por $60.000 (fl.- 1456 Cno 2 – tomo 3) **8.** 30/04/2015 Factura No. C15429 por $60.000 (fl.- 1458 Cno 2 – tomo 3) **9.** 31/03/2015 Factura No. C14281 por $15.100 (fl.- 1461 Cno 2 – tomo 3) **TOTAL FACTURADO $610.052**
16	EMILSON BROCHERO MARTINEZ	17/10/2002 al 06/11/2007	02/09/2010 al 01/08/2011 y del 01/11/2007 al 30/06/2012	Protusión discal L4-L5 – Discopatía degenerativa L2 – L3 y L3 – L4	**$756. 406**	**No demostró la fecha de exposición al riesgo.** La Juez señala que no se demostró el tiempo de exposición, no obstante lo anterior, toma como fecha, el 04 de julio de 2007, fecha en la que le fue diagnosticada la enfermedad de conformidad con la comunicación visible a folio 1475 del cuaderno 2 – tomo 2.	**1.** 29/04/2011 Factura No. CE001093347por $30.900 (fl.- 1477 Cno 2 – tomo 3) **2.** 13/05/2011 Factura No. CE00113394 por $134.818(fl.- 1481Cno 2 – tomo 3) **3.** 21/03/2011 Factura No. A-876909por $461.200 (fl.- 1491Cno 2 – tomo 3) **4.** 31/03/2011 Factura No. A-881454 por $36.970 (fl.- 1498 Cno 2 – tomo 3) **TOTAL FACTURADO $663.880**
17	MARTHA ESPERANZA SUAREZ CAMPOS	01/07/2004 al 21/07/2006. 23/08/2006 al 31/08/2007.	01/05/2011 al 28/07/2013.	Lumbago no especificado	**$668.912**	**No probó la fecha de exposición al riesgo.** La juez señaló que no se demostró el tiempo de exposición	**1.** 18/01/2012 Factura No. vf22600 por $330.680 (fl.-

		01/01/2008 al 31/12/2008.				al riesgo y la fecha de estructuración de la enfermedad se dio cuando no estuvo afiliada a colmena.	1520 Cno 2 – tomo 4) **2.** 19/01/2012 Factura No. VF18424por $330.680 (fl.- 1521 Cno 2 – tomo 4) **3.** 02/02/2012 Factura No. AS12517 por $129.600 (fl.- 1523 Cno 2 – tomo 4) **4.** 24/02/2012 Factura No. 9C3196 por $39.800 (fl.- 1530 Cno 2 – tomo 4) **5.** 24/09/2013 Factura No. 4C44754 por $168.832 (fl.- 1534 Cno 2 – tomo 4) **TOTAL FACTURADO $999.592**
18	ANA GLADYS LEON	01/06/ 2008 al 31/11/2015	01/12/2015 a la fecha.	Síndrome del Túnel del Carpo – Tendinitis extensores bilateral	**$743.280**	**No se demostró el tiempo de exposición al riesgo.** La Juez señaló que la fecha de estructuración se dio para el 17 de agosto de 2016, fecha en que no estaba afiliada a colmena.	**1.** 31/08/2016 Factura No. C 25140 por $177.800 (fl.- 1561 Cno 2 – tomo 4) **2.** 19/08/2016 Factura No. C 24178 por $135.160 (fl.- 1534 Cno 2 – tomo 4) **3.** 19/08/2016 Factura No. C 24182 por $160.000 (fl.- 1569 Cno 2 – tomo 4) **4.** 19/08/2016 Factura No. C 24180 por $270.320 (fl.-

							1576 Cno 2 – tomo 4) **TOTAL FACTURADO $743.280**
19	HILDA GOMEZ MENDIVELSO	01/10/2007 al 31/01/2013	01/03/2015 a la fecha.	Síndrome del túnel carpiano bilateral	**$632.483**	No se demostró tiempo de exposición al riesgo. La Juez señala que, *la patología se estructuró el 5 de febrero de 2008, tal como obra a folio 1650 y estuvo expuesta por 10 años al riesgo,"* no obstante lo anterior, lo que señala el dictamen de folio 1590, es que se diagnostico síndrome del túnel de carpo bilateral de origen profesional, "cuadro de aproximadamente 10 años de evolución"	**1.** 14/01/2016 Factura No. FP0287112 por $139.745 (fl.-1597 Cno 2 – tomo 4) **2.** 19/08/2015 Factura No. 161633 por $138.000 (fl.-1601 Cno 2 – tomo 4) **3.** 16/09/2015 Factura No. C 5375 por $249.000 (fl.-1603 Cno 2 – tomo 4) **4.** 14/07/2015 Factura No. C 3327 por $166.238 (fl.-1611 Cno 2 – tomo 4) **4.** 19/08/2016 Factura No. C 24180 por $270.320 (fl.-1576 Cno 2 – tomo 4) **TOTAL FACTURADO $963.303**

Teniendo en cuenta el cuadro que antecede, y como quiera que la demandada alega que la parte actora no cumplió con su deber procesal de demostrar la fecha de exposición al riesgo de los afiliados, sobre los cuales pretende el recobro, esta Colegiatura encuentra que le asiste razón al recurrente, respecto de los afiliados Luz Stella Bejarano, Edilma Gómez Santamaría, Ligia Barrera Cortes, Flor Alba Rojas Chimbi, Elizabeth

Carmona Echeverry, Claudia Herminia Izquierdo, Natividad Jiménez, Janeth Betancourt López, Gloria Inés Daza Villamil, Marta Cecilia Delgado, Emilson Brochero Martinez, Martha Suarez Campos, Ana Gladys Leon e Hilda Gómez Mendivelso, lo anterior, como quiera que, en efecto, no se demuestra la fecha de exposición al riesgo de cada afiliado, sin que sea dable, como lo hizo la Juez de Primer Grado, suponer la fecha de exposición al riesgo del mismo dicho de los afiliados contenido en las historias clínicas o tener la fecha de estructuración de la enfermedad profesional como fecha de exposición al riesgo.

Lo anterior se afirma como quiera que, el Decreto 1507 de 2014, señala que la fecha de estructuración de la enfermedad profesional, corresponde a:

"Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una ***enfermedad o accidente****, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.* (Negrilla fuera de texto)
Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral."

A su turno, en el Decreto 1477 del 2014, mediante el cual se expidió la tabla de enfermedades laborales, enseña que debe existir una causalidad entre la enfermedad y los los factores de riesgo ocupacional. Es así como, en artículo 3, indica que para determinar la relación causa-efecto, se deberá identificar: 1. *"La presencia de un factor de riesgo en el sitio de trabajo en el cual estuvo expuesto el trabajador, de acuerdo con las condiciones de tiempo, modo y lugar, teniendo en cuenta criterios de medición, concentración o intensidad. En el caso de no existir dichas mediciones, el empleador deberá realizar la reconstrucción de la historia ocupacional y de la exposición del trabajador; en todo caso el trabajador podrá aportar las pruebas que considere pertinentes*".

Así las cosas, esta Sala encuentra que no es posible, tener como fecha de exposición al riesgo, la fecha en la que se estructuró la enfermedad profesional, ya que, la fecha de exposición al riesgo es aquella desde la cual estuvo expuesto al riesgo en el sitio de trabajo de acuerdo con las condiciones de tiempo, modo y lugar, de la labor que realizaba y que desencadenó en la enfermedad profesional.

De conformidad con lo anterior y después de revisada de manera minuciosa la totalidad del expediente, se tiene que únicamente se encuentra la fecha de exposición al riesgo de los afiliados MARY ROJAS ROJAS, MARIA EUGENIA AGEE, MANUEL GREGORIO DIAZ CORTES, OMAIRA BUITRAGO y MARLY SANCHEZ CASTRO, por lo que respecto de estas personas se continuará con el estudio del proceso y se revocaran las condenas impuestas en cuanto a los demás afiliados.

Ahora bien, en relación con la causalidad entre la exposición al riesgo y la enfermedad que dio rigen a la enfermedad, se encuentra que esta fue aceptada por las partes en cada uno de los dictámenes realizados a los afiliados y en ellos se estableció la enfermedad que padece cada uno de ellos, encontrando que al momento de generar cada una de las facturas se establece con claridad que corresponden a las enfermedades diagnosticadas en su momento por la demandada Colmena.

Así mismo en su recurso la demandada, alega que positiva no acreditó que con posterioridad al traslado hubiese adoptado medidas de control sobre los riesgos a los cuales se encontraban expuestos los trabajadores afiliados, ya que éstos continuaron laborando, no obstante lo anterior, si se revisa la norma que establece la acción de recobro que hoy se estudia, se encuentra que únicamente se indica que se "*podrá repetir proporcionalmente* ***por el valor pagado*** *con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura"* sin que sea pueda exigir requisitos adicionales, como los que solicita el apelante.

Igualmente, es necesario señalar que, el apoderado de la parte demandada en su recurso señaló que no todos los conceptos recobrados son objeto de reembolso, no es menos cierto que no indicó con exactitud cual o a cuales conceptos se refiere, ya que de la revisión de las facturas allegadas se encuentra que las mismas corresponden a las prestaciones asistenciales, señalados por la ley, esto es:

> *1.Asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica.*
>
> *2. Servicios de hospitalización.*
>
> *3. Servicio odontológico.*
>
> *4. Suministro de medicamentos.*
>
> *5. Servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento.*
>
> *6. Prótesis y órtesis y su reparación y reposición solo en casos de deterioro o desadaptación, cuando a criterio de rehabilitación se recomienda.*
>
> *7. Rehabilitación física y profesional.*
>
> *8. Gastos de traslado, en condiciones normales, que sean necesarios para la prestación de estos servicios.*

Teniendo claridad en lo anterior, se pasará, con base en la información antes relacionada, se pasa a determinar de forma individual el porcentaje a cargo de cada administradora, para ello, se tomará como tiempo total de exposición al riesgo el comprendido entre el momento en que empezó la exposición (con base en lo indicado en los dictámenes) y se tomará como extremo final la fecha en la que se paga la última de las facturas por parte de Positiva Compañía De Seguros S.A., para cada caso, ello en el entendido que si el afiliado requiere servicios médicos y asistenciales por la misma patología que venía siendo cubierta por la ARL demandada, es porque continúa expuesto al riesgo, pues nada distinto alegó o probó la demandante.

Proceso Ordinario Laboral No. 29 2017 637 01 Dte: POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS Ddo.: RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPAÑÍA SEGUROS DE VIDA

Caso	*Tiempo de exposición antes del dictamen (días)*	*Fecha inicio de la exposición*	*Fecha fin exposición*	*Días totales exposición*	*Días exposición en COLMENA*	*Días exposición POSITIVA*	*Días sin cobertura*	*Días cubiertos*	*% Responsabilidad - COLMENA*	*% Responsabilidad. Positiva*	*Valor Factura*	*Monto cargo de COLMENA*	*Monto cargo de POSITIVA*
MARY ROJAS ROJAS	***7200***	***19/01/1991|***	***17/08/2016***	***9209***	***1681***	***1126***	***6402***	***2807***	***59,90%***	***40,10%***	***$743.280***	***$445.225***	***$290.055***
MARIA EUGENIA ANGEE	***6540***	***14/06/1997***	***18/02/2018***	***7445***	***4942***	***1488***	***1015***	***6430***	***76,90%***	***23,10%***	***$30.492.071***	***$23.448.403***	***$7.043.668***
MANUEL GREGORIO DÍAZ	***7920***	***27/01/1989***	***05/10/2012***	***8169***	***1318***	***636***	***6215***	***1954***	***67,5%***	***32,5%***	***$1.060.059***	***$715.540***	***$344.519***
OMAIRA BUITRAGO	***2160***	***31/10/2008***	***20/02/2016***	***2830***	***2475***	***380***	***25***	***2855***	***86,70%***	***13,30%***	***$589000***	***$510.663***	***$78.337***
MARLY SANCHEZ CASTO	***2160***	***16/11/2005***	***31/05/2016***	***3796***	***2791***	***380***	***625***	***3171***	***88,00%***	***12,00***	***$625.500***	***$550.440***	***$75.100***

Ahora bien, en cuanto a la compensación pretendida por la parte demandada, se encuentra que el Decreto 2509 de 2015, del 23 de diciembre, señala:

"crease un mecanismo de compensación monetaria con el objeto de corregir los efectos de la concentración de riesgos en el sistema general de riesgos laborales y sus consecuencias financieras, así como adoptar medidas para mitigar la concentración de riesgos en dicho sistema. Artículo 2.2.4.9.1.2. obligatoriedad de la afiliación. Las administradoras riesgos laborales están en la obligación de aceptar afiliaciones de todos los empleadores y sus trabajadores y de los trabajadores independientes, de conformidad con lo previsto en la ley 1562 de 2012 sin sujeción a la clase de riesgos o actividad económica que desarrollen.

(…)

La determinación del valor de la compensación a favor o a cargo de cada administradora de riesgos laborales se efectuará en todo caso sobre el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015."

De conformidad con lo anterior, esta Colegiatura encuentra que le asiste razón a la juez de primer grado cuando consideró que la presente acción que de la lectura de la norma antes mencionada, no se infiere que esta compensación sea destinada a cancelar las contingencias reclamadas en la presente acción, es decir, aquellas sobre las cuales se solicitan los reembolsos.

En cuanto a los intereses moratorios, el apoderado de la parte actora en su recurso, manifiesta que no efectuó el requerimiento previo, tal y como lo señaló la Juez de Primer Grado, por lo que no es dable imponer condena por este aspecto, no obstante lo anterior, se ordenará que las condenas sean indexadas al momento de su pago.

En cuanto al término prescriptivo, de conformidad con el art. 24 de la ley 1562 de 2012, por medio de la cual se modifica el Sistema de Riesgos laborales y se dictan otras disposiciones, la presente acción tiene un término de prescripción, correspondiente a 5 años, contados a partir de la última de las fechas enunciadas a continuación:

a) La fecha de la calificación en primera oportunidad del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la EPS, cuando dicha calificación no sea susceptible de controversia por las administradoras o por el usuario;

b) La fecha de calificación del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, cuando dicha calificación no sea susceptible de recurso ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez;

c) La fecha de Calificación del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez;

d) La fecha de presentación de la factura de la IPS a la EPS, cumpliendo con los requisitos exigidos.

Revisado el expediente esta Sala encuentra que se allegaron, los siguientes dictámenes de pérdida de calificación de los afiliados en los términos señalados en el cuadro primigenio, los cuales se recuerda, corresponden a las siguientes fechas:

AFILIADO	FECHA EL DICTAMEN
MARY ROJAS ROJAS	19 de enero de 2011
MARIA EUGENIA AGEE	14 de agosto de 2015
MANUEL GREGORIO DIAZ	27 de enero de 2011
OMAIRA BUITRAGO	31 de octubre de 2014
MARLY SANCHEZ CASTRO	16 de noviembre de 2011

De conformidad con lo anterior y como quiera que la presente acción fue sometida a reparto el 23 de noviembre de 2017, es claro que el reembolso solicitado respecto de los afiliados MARY ROJAS ROJAS, MANUEL GREGORIO DIAZ y MARLY SANCHEZ CASTRO, se encuentra prescrito, por lo que únicamente se impondrá condena respecto de los afiliados MARIA EUGENIA AGEE y OMAIRA BUITRAGO.

Finalmente, y en cuanto a la condena en costas, la Sala recuerda que el art. 365 del C.G.P. señala que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, por lo que al resultar parcialmente favorables las pretensiones de la presente demanda, se revocará la decisión en este aspecto y se ordena

la condena en costas en favor de la parte actora y a cargo de la parte demandada.

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 PARCIALMENTE el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **RIESGOS LABORALES COLMEMENA** a reconocer y pagar **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.,** las sumas que a continuación se relacionan, por cada uno de los afiliados, sumas éstas que deberán ser indexadas al momento de su pago, así:

AFILIADO	PORCENTAJE	VALOR
MARIA EUGENIA AGEE	76,90%	$23.448.403
OMAIRA BUITRAGO	86,70%	$ 510.663

TERCERO: REVOCAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada y en su lugar **DECLARAR** probada la excepción de prescripción, respecto de los afiliados MARY ROJAS ROJAS, MANUEL GREGORIO DIAZ y MARLY SANCHEZ CASTRO, de conformidad con lo antes expuesto.

CUARTO: ADICIONAR el numeral **QUINTO,** en el sentido de absolver a la demandada, del reembolso, por los afiliados ANA GLADYS LEON, CLAUDIA HERMINIA IZQUIERDO SANDOVAL, EDILMA GOMEZ SANTAMARÍA,

ELIZABETH CARMONA ECHEVERRY, EMILSON BROCHERO MARTINEZ, FLOR ALBA ROJAS CHIMBI, CLARIA INES DAZA VILLAMIL, HILDA GOMEZ MENDIVELSO, LIGIA BARRERA CORTES, LUZ STELLA BEJARANO, MANUEL GREGORIO DIAZ CORTES, MARLI SANCHEZ CASTRO, MARTHA CECILIA DELGADO GARCÍA, MARY PATRICIA ROJAS ROJAS, NATIVIDAD JIMENEZ HERNANDEZ, MARTHA ESPERANZA SUAREZ CAMPOS y YANETH BETANCURTE LOPEZ, en los términos señalados en la parte considerativa de la presente decisión.

QUINTO: REVOCAR EL NUMERAL CUARTO y en su lugar, condena a la demandada, al pago de las costas, por lo antes señalado.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás la decisión impartida en primera instancia.

SEPTIMO: **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 USO DE PERMISO

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 26-2019-0113-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: EDWIN ALEJANDRO CASTILLO PRIETO

DEMANDADO: AVANTEL S.A.S.

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 del demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de febrero de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandante presentó alegaciones.

ANTECEDENTES

El señor Edwin Castillo Prieto por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con la demandada entre el 28 de mayo de 2012 al 8 de noviembre de 2015, y como consecuencia de ello se condene al pago a su favor de recargos nocturnos, dominicales, horas extras, la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, re liquidación de los intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, aportes pensionales, indemnización del artículo 65 del C.S.T., e indexación de lo debido.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, suscribió contrato de trabajo con la demandada con fecha 18 de mayo de 2012 para desempeñar el cargo de operador help desk, mediante turnos de trabajo variables de domingo a domingo en horario diurno y nocturno, mayores a 8 horas diarias, que, a pesar de haber reclamado el pago de horas extras, recargos nocturnos y dominicales, nunca se le reconocieron dichos conceptos, y que por ello es que, considera que las sumas pagadas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones deben ser re liquidadas conforme el salario base de liquidación que incluya dichos recargos; agrega que, no percibía igual salario que quienes desempeñaban iguales funciones, que le fue terminado el contrato de trabajo sin justa causa el día 8 de noviembre de 2015, y que presentó reclamación laboral ante la demandada el 17 de octubre de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuento a los hechos no aceptó ninguno; como excepciones formuló de mérito las que denominó naturaleza jurídica del contrato y pacto laboral sobre jornada laboral flexible, inexistencia de la obligación de pagar las sumas pretendidas por la parte demandante, inexistencia de pruebas de los hechos narrados, pago de las obligaciones, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento declaró la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre las partes con vigencia entre el 28 de mayo de 2012 al 8 de noviembre de 2015, declaró probada la excepción de inexistencia de pruebas de los hechos narrados, absolvió a la convocada de todas las pretensiones en su contra e impuso costas a cargo del demandante en la suma de $800.000.

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

> "El problema jurídico se centra en establecer si el demandante era un trabajador de dirección confianza y manejo y si hay lugar al pago del trabajo suplementario y la re liquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes pensionales, e indemnizaciones moratorias; en cuanto a la existencia del contrato de trabajo y sus extremos y teniendo en cuenta la fijación del litigio el Despacho analizará las pruebas. Que conforme los medios probatorios se establece que, efectivamente el demandante laboró al servicio de la demandada durante el periodo comprendido entre el 28 de mayo de 2012 al 8 de noviembre de 2015, conforme el interrogatorio de parte del representante legal y del actor, en los que se pudo determinar el cargo desempeñado, el horario, y las fechas de ingreso y retiro del mismo. En cuanto a que el demandante era un trabajador de dirección confianza y manejo, conforme la cláusula primera del contrato de trabajo, que señala que, el empleado se obliga a incorporar su capacidad normal de trabajo en el desempeño de las funciones de operador help desk y en las labores anexas dependientes y complementarias, del mencionado cargo de conformidad con las ordenes e instrucciones que para tal fin le imparta la compañía o

sus representantes, por su parte, el representante legal de la demanda manifestó que los operadores de help desk se encargan de soportar la mesa de ayuda de la compañía cunado existen fallas técnicas y se llama a la mesa de ayuda y esta brinda soporte en primer lugar, que el help desk debe estar disponible 24 horas, por lo tanto lo tanto los operadores de esa área trabajan en turnos de 8 horas durante las 24 horas del día, que el cargo del demandante era de confianza y manejo porque son personas que tienen que ver con el sistema y con el servicio que presta la compañía, por eso se les considera como de confianza y manejo; jhon tapias Olaya dice que el cargo del demandante es de confianza porque es el que tiene que estar pendiente de la red de chequeo de la plataforma, del escalamiento ante fallas y que son los ojos de la red, y que por lo tanto en su sentir es una persona de confianza en la compañía; Luis Gabriel Lugo Hernández quien trabaja al servicio de la compañía manifestó que, el demandante o los operadores no son personas de confianza toda vez que, por sus labores deben estar pendientes de la red o del sistema de gestión, y reaccionar ante cualquier falla de la red, sobre este punto, considera el Despacho que las funciones desempeñadas por el demandante, no corresponden a las de un cargo de dirección, confianza y manejo, pues como lo ha dicho la jurisprudencia en dichos cargos el empleador deposita en el trabajador un grado especial de confianza distinto al exigido de cualquier otro trabajador, en tanto que, sus labores comprometen de manera importante los intereses de la empresa, pero en el presente asunto si bien los testigos manifiestan que en su sentir el demandante o los operadores de help desk son de especial confianza considera el Despacho que de su dicho no se desprende dicha circunstancia, por cuanto el testigo Lugo Hernández manifestó que ante un eventual daño y que no se pudiera solucionar el demandante debía llamar a otra persona que era dado previamente por los jefes de las otras áreas para que el demandante supiera quien estaba en turno, es decir, el demandante no tenía la facultad de designar a la persona que pudiera colaborar o repara los posibles daños o fallos sino que debía asumir de acuerdo a la información suministrada por sus jefes, es decir, que el demandante no tenía la capacidad para tomar decisiones respecto a la compañía y si bien su cargo debía estar al tanto las 24 horas del día respecto las posibles fallas del sistema no significa de modo alguno que dicha circunstancia sea de confianza toda vez que, el demandante no tenía la capacidad de tomar la decisión de dichas fallas sino que simplemente debía comunicar las fallas ante el personal que ya había sido designado previamente por su empleador, en consecuencia considera este Despacho que de las pruebas recaudadas no se puede establecer que el demandante ostentara un cargo de confianza y manejo en el cargo de la compañía.

Ahora, procede el despacho a analizar los recargos nocturnos, dominicales y horas extras, que en caso que se hubiere decretado que el demandante ejercía un cargo de confianza y manejo, dicha circunstancia no significa que al demandante no se le debieran pagar los recargos nocturnos, por cuanto esta clase de empleados están excluidos de la jornada máxima legal pero no del reconocimiento y pago de los recargos nocturnos, sobre este punto la apoderada judicial de la demandada en su alegato de conclusión manifestó que estos recargos nocturnos se pagaban en tiempo, considera el Despacho que dicha circunstancia no está permitida en la ley toda vez que el artículo 168 y 169 del C.S.T., establece el pago de dichos turnos, estableciendo que el mismo corresponde al 35% sobre el valor de la hora, es decir, no contempla que pueda ser pagado en tiempo, y el artículo 169 también establece como es la base del recargo nocturno, sin que tampoco en dicha normatividad autorice que sea pagado en tiempo, lo que se podría hacer en caso de dichas circunstancias, es que previamente, desde el inicio del contrato estableciendo el número de recargos nocturnos si se puede fijar un valor fijo el cual compense dicha circunstancia lo cual no ocurrió en este caso.

Establecido lo anterior, procede el despacho a verificar si el demandante acreditó las horas que laboró en recargo nocturno, dominicales y horas extras, sobre este rublo el artículo 167 del C.G.P., y la sentencia del 15 de marzo de 2011 radicado 40155 que la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión ya que no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número de horas extras trabajadas o de recargo nocturno trabajado, aplicadas las nociones del caso, se observa que en el hecho 2 de la demanda que se le adeudan horas extras y recargos nocturnos y dominicales, sustentando su dicho en el cual relaciona los días, los turnos y las horas de recargo pero ese hecho no fue aceptado por la parte demandada, razón por la cual el demandante tenía que probar que laboró durante dichos días, ya que si bien es cierto los testigos escuchados hoy manifestaron que los turnos son asignados por una matriz y por un cuadro en Excel ello no significa que los plasmados en el hecho segundo de la demanda correspondan a los turnos asignados al demandante y al trabajo laborado por el actor al servicio de la demandada; que no fue probado el trabajo suplementario reclamado, ya que no se aportó elemento alguno que respalde el dicho del demandante, así como tampoco acreditó ninguno de los supuestos para que se tenga certeza de cuantas horas extras trabajó, pues si bien, el representante legal confirmó que los operadores help desk trabajan en turnos de 8 horas durante las 24 horas del día de lunes a domingo lo cierto es que el demandante afirmó en su interrogatorio que tenía turnos de 8 de la mañana a 5 de la tarde, lo cual fue corroborado por Luis Gabriel Lugo John tapias, pero de la relación aportada en el hecho 2 no se observa cuando se le asignó dicho turno de 8 de la mañana a 5 de la tarde, es decir que, el hecho 2 de la demanda no concuerda con lo señalado por el demandante en su interrogatorio de parte y lo reiterado el día de hoy por los testigos, por lo tanto el cuadro no concuerda con lo establecido por las partes; también se advierte que de los testigos tampoco puede establecerse cuantas horas extras trabajó el demandante, cuales correspondían a trabajos nocturnos o cuantas dominicales, máxime que fueron coincidentes en afirmar que la asignar los turnos que eran los testigos, verificaban que no se pasaran de la jornada máxima legal, que si bien los turnos se asignaban desde el inicio, verificaban si la persona estaba estudiando de noche, de día o en la tarde, con el fin de asignar turnos que no interrumpieran la jornada de estudio y que solamente en época de vacaciones se rotaba, que debió acreditar cuando se le rotó el turno, cuando iniciaba el turno de noche, el de día, y más si los testigos coinciden en afirmar que les asignaban turnos de descanso, o compensatorio los que no están plasmados en el hecho 2 de la demanda, que el despacho absolverá de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, al no probarse de forma precisa y clara las horas extras laboradas, ni dominicales o nocturnos con el fin de establecer el número de recargos nocturnos que se le adeudaron circunstancias que le correspondían acreditar al demandante, así mismo de las demás pretensiones que dependían del pago de horas extras. Declarará probado el medio exceptivo denominado inexistencia de prueba de los hechos narrados y no probados los demás medios exceptivos probados por la demandada; en cuanto a las facultades ultra y extra petita no se dan los presupuestos del artículo 50 del c.p.t. y dela s.s., no hay lugar a aplicar dichas facultades, costas a cargo del demandante.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

"Presento recurso de apelación, en el sentido de manifestar que el Despacho no tuvo en cuenta la matriz y la relación de turnos entregada en medio magnético, en formato excel la cual fue validada por los testigos hoy Cristian Tapias y Luis Gabriel Lugo donde se esclarecía puntualmente cuales eran los turnos trabajados por el señor Castillo"

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y la sustentación del mismo.

Observa la Sala que, el recurso se reduce a resaltar la omisión del a quo en valorar probatoriamente lo que denominó matriz y relación de turnos de los que señaló, entregó en medio magnético en formato Excel, y que agrega, esa información sobre los turnos laborados por el demandante, fue ratificada por los testigos de la parte actora.

Es así, que es claro que, pese a que la sustentación del recurso no entrega argumentaciones o razones suficientes sobre el medio probatorio que indicó, de todas maneras, la Sala entiende que la intención del recurrente se centra en hacer valer las pruebas que no fueron mencionadas por el a quo, y de esta manera acreditar las horas extras, recargos nocturnos y dominicales pretendidos laborados presuntamente por el demandante.

Al revisar el proceso, en principio, le asiste razón al recurrente en punto a la omisión de la juez de instancia al guardar silencio sobre la información contenida en el medio magnético CD que obra a folio 28 del expediente.

Sin embargo, téngase en cuenta, que el fundamento de las pretensiones los son los hechos de la demanda, supuestos facticos que deben ser probados, los cuales se examinarán por la Sala, a fin determinar si con la prueba dejada de mencionar por el juzgado, le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de los conceptos de horas extras, recargos nocturnos y dominicales.

Para tales efectos, se indica en el hecho segundo del escrito introductor que, el actor prestaba turnos variables de lunes a domingo en horario diurno y nocturno, señalando puntualmente que, había turnos que empezaban a las 10 de la noche y terminaban a las 6 de la mañana, y que superaban las 8 horas diarias.

Al interior del mismo hecho se incluye una extensa lista de turnos que van desde el 10 de agosto de 2012 en el horario de 10:15 P.M. hasta las O6:30 A.M., y hasta el 4 de noviembre de 2015 de 02:15 p.m. a 10:30 p.m., que al ser contrastados con el contenido de la información del CD visible a folio 28 en algunos casos no guardan similitud y difieren en su contenido, por lo que con aquel no se logra probar el hecho segundo de la demanda en la manera en que fue discutido al interior del debate probatorio, y menos, con lo afirmado por los deponentes a favor de la parte actora, incluso por el mismo promotor en interrogatorio practicado, que en síntesis, manifestaron en lo que interesa a la decisión que, el señor Castillo Prieto prestaba turnos entre las 8 de la mañana a 5 de la tarde.

En concordancia con lo anterior, pese a que el recurrente insiste en que se tenga en cuenta la matriz de turnos contenida en el medio magnético antes referido, lo cierto es que, al convertirse en un medio para probar el tiempo suplementario y recargos nocturnos y dominicales presuntamente laborados por el actor, y que se relacionan en el hecho segundo de la demanda, de todas maneras en ninguno de los turnos anotados en ese listado visible a folios 3 a 9 del proceso, aparece alguno que haya estado comprendido entre las 8 de la mañana a 5 de la tarde.

En todo caso, tal como lo considero el a quo, lo manifestado por el demandante y por los testigos de éste resulta contradictorio no solo con los turnos consignados en el hecho segundo de la demanda, sino también con los entregados en la mentada matriz, y en gracia de discusión, no se observa que en dicho documento haya participado la empresa demandada, no siendo más que una relación de turnos, que ni siquiera contrastan fielmente con los supuestos facticos de la demanda.

Llama la atención que la información referida a los horarios de trabajo del actor que se traen al proceso, son diferentes entre lo anotado en el hecho segundo de la demanda, la matriz del folio 28 y lo dicho por el demandante en interrogatorio y sus testigos; y ello es así, toda vez que, a folios 3 a 9 del plenario los turnos oscilan entre la 10:15 p.m. a 06:30 a.m., y de 02:15 p.m. a 10:30 p.m. únicamente, de las declaraciones rendidas en audiencia que lo era entre las 8:00 a.m. a 5:00 p.m., y del contenido en el CD, que aunque en algunos de los días concuerda con los expuestos en el escrito introductor, extrañamente también se hallaron casos que contradicen abiertamente los del libelo inicial.

Por ejemplo, en la matriz aparece que para los días comprendidos entre el 26 al 29 de enero del año 2015, el actor prestó turnos entre las 14:15 y 22:30, pero, curiosamente a folio 8 del plenario se informa que para los mismos días los turnos realizados por aquel, los realizó entre las 10:15 p.m. y las 06:30 a.m., indicios que sumado a todo lo apreciado, no permiten colegir con exactitud, de manera real y efectiva el tiempo suplementario laborado por demandante, aunado a ello, no se entiende, que mientras por un lado se pretende el reconocimiento de recargos nocturnos, el actor manifiesta que su horario de trabajo en era en horas diurnas de 8 de la mañana a 5 de la tarde, esto último, ratificado por los testigos.

Luego, a la parte actora le correspondía probar el supuesto de hecho de las normas consagran el efecto jurídico que ellas persiguen conforme el artículo 167 del C.G.P., que, en este caso, era de su resorte demostrar tiempo suplementario, y recargos nocturnos y dominicales pretendidos en la demanda, lo cual, no ocurrió, y por el contario, sobre ello, se posa una evidente orfandad probatoria, por lo que, se confirmará la decisión de instancia, no sin antes advertir que, no le está permitido al funcionario judicial hacer suposiciones o cálculos para intentar acomodar o deducir horas extras que no fueron debidamente acreditadas por la parte interesada.

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 USO DE PERMISO
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 24-2018-0459-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: SONIA STELLA ARCINIEGAS ESPINEL

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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Protección S.A. y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 13 de marzo de 2020.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora Sonia Stella Arciniegas Espinel por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual por medio de Protección SA, y declarar que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media por medio de Colpensiones; como consecuencia de lo anterior solicita el traslado de régimen a Colpensiones, con el capital existente en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y gastos de administración.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, nació el 28 de noviembre de 1967, que se afilió al extinto ISS con fecha 19 de junio de 1991, afiliación que perduró hasta el 30 de nov de 1995, momento para el cual en el mes de octubre de igual año se trasladó al régimen de ahorro individual por medio de la AFP Protección S.A., que para ese momento tenía cotizadas al régimen de prima media un total de 209 semanas, que Protección S.A. no le informó sobre las condiciones, ventajas y desventajas de uno y otro régimen; que para el día 29 de septiembre de 1995, el mentado fondo privado realizó cálculo en donde se le informó que en el rais tendría una mesada $442.211, mientras que en el régimen de prima media sería de $408.000; que para el momento del traslado, no se le informó, que en el rais tendría una mesada inferior en proporción del 40% en comparación a la que recibiría en el régimen de prima media; que no recibió información clara y precisa sobre las implicaciones de la afiliación al rais, tampoco sobre la posibilidad de regresar al régimen de prima media, tampoco sobre las circunstancias de redención del bono pensional, que para el mes de marzo del año 2000 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., entidad a la

que se encuentra afiliada hasta el momento, la que tampoco lee informó la fecha límite para trasladarse de régimen, que actualmente acredita más de 1350 semanas, que en el mes de febrero de 2018 por cuenta propia fue asesorada para conocer el monto que recibiría por concepto de pensión, momento para el cual, manifiesta se dio cuenta que se había perjudicado con el traslado, por ello en el mes de mayo de 2018 solicitó a Protección la anulación o ineficacia de la afiliación al rais, que la entidad contestó afirmando que la aplicación se presume legal y solo podría desvirtuarse cuando la autoridad competente lo establezca; Así mismo, solicitó ante Porvenir y Colpensiones eficacia de la filiación sin que tuviera éxito,

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 a 3, negó el hecho 5 relacionado con la densidad de semanas, y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó Buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y prescripción.

Protección S.A., contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó el 23, negó los enlistados en los numerales 3, 4, 6 a 16 y 22 y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción.

Por su parte, Porvenir 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, 17 y 24, negó el 18 y 25, y manifestó 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.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del régimen pensional de la demandante a través de la AFP Protección S.A del 10 de octubre de 1995; ORDENÓ a Porvenir S.A. y a Protección S.A., a realizar el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, junto con las sumas recibidas por concepto de cotizaciones, más rendimiento y gastos de administración; a Colpensiones, para que corrija la historia laboral de la afiliada, una vez reciba los dineros provenientes de los fondos privados, absolvió de las demás pretensiones, y declaró no probada la excepción de prescripción, se abstuvo de imponer costas.

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

En síntesis, manifestó que, cuando la demandante decidió trasladarse al RAIS por medio de Protección S.A., no lo hizo conociendo en detalle las características de cada régimen pensional, lo que permite inferir la ausencia de una libertad informada, la omisión en el deber de información que les incumbía a las administradoras, por supuesto que se genera la ineficacia del traslado al RAIS, que tal como lo ha expuesto la Corte en las decisiones 1421,

1688, 4360, 68852, que en el caso que se incumpla con el deber de brindar información al momento de la afiliación, lo procedente es declarar la ineficacia de la afiliación, y no la nulidad sustancial de la misma, por tanto el afiliado no debe entrar a demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como error, fuerza o dolo, y al abordarse desde esa institución de la ineficacia tal determinación implica un efecto práctico del traslado, bajo la ficción jurídica de que el afiliado, nunca se traslado al RAIS, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, por lo que se declara la ineficacia de la afiliación.

APELACIÓN

AFP PROTECCIÓN S.A.

"Presentar recurso de apelación, en síntesis, especialmente frente al numeral cuarto de la sentencia, que sobre el régimen de restituciones mutuas, aunque se declare la ineficacia de la afiliación, la ficción de que nunca existió un contrato no se puede desconocer, que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejores, que para el caso son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, que la afiliada debe devolver los rendimientos a esa entidad fruto del buen manejo de los aportes recibidos, además, los dineros ya no los posee protección porque en el año 2016 fueron entregados a porvenir, junto con los rendimientos.

COLPENSIONES

"Por su parte Colpensiones, manifestó que, solicita se revoque la sentencia, recordando que conforme los mismos pronunciamientos del Tribunal Superior de Bogotá la única condición de un afiliado para retornar al régimen de prima media es su condición de beneficiario del régimen de prima media del régimen de transición, que cada régimen pensional tiene ciertas características y que ninguno de los dos vulnera los derechos de los afiliados, que si la decisión es confirmada solicita que la demanda no sea condenada en costas, porque el recurso no se interpone de forma caprichosa, sino conforme la sentencia de la Corte Constitucional, en el sentido que no es viable que un afiliado retorno en cualquier momento, al régimen de prima media, porque ello puede redundar en un desfinanciamiento del sistema pensional, que también en caso de confirmarse solicita autorizará a la entidad para que realice las acciones de cobro tendientes a los perjuicios que se lleguen a ocasionar con relación al reconocimiento pensional de la demandante.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos formulados, se tiene que lo pretendido por la señora Sonia Stella Arciniegas Espinel, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la AFP Protección S.A., el 05 de octubre de 1995, 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, se peticiona la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de traslado, 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 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 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, ninguna de ellas da cuenta respecto que la señora Sonia Stella Arciniegas, 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 Protección 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.° 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.°, 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.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 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, 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 inicialmente a Protección S.A. y 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, 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, como lo menciona en el recurso Colpensiones, 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".*

De tal manera y contrario a lo afirmado por los recurrentes, 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 peticionado, 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, la SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

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, en alcance al recurso de Colpensiones 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.

No obstante, lo manifestado por la recurrente sobre la exoneración de costas del proceso no tiene fundamento, toda vez, el a quo se abstuvo de imponer condena en tal sentido.

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: 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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EN USO DE PERMISO

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No.23-2019-265-01
APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: **BLANCA VILMA PULIDO ORJUELA**
DEMANDADO: JULIO A OCHOA Y CIA EU Y
JULIO ADONAI OCHO GONZALEZ

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 la ciudad de Bogotá, D.C., 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

La señora **BLANCA VILMA PULIDO ORJUELA**, actuando mediante apoderado judicial, instauró demanda contra **JULO A OCHOA Y CIA EU Y SOLIDARIAMENTE EN CONTRA DE JULIO ADONAI OCHOA GONZALEZ**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes se realizó una transacción de derechos inciertos y discutibles, que en consecuencia la demandada adeuda cesantías, vacaciones, prima, sanción moratoria y costas del proceso. (fls 2 al 7).

Como fundamento de sus pretensiones en síntesis afirma la parte actora que el 9 de octubre de 2017 entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a termino fijo de un año, para el cargo de auxiliar contable, con un

salario de $1.100.000, más $570.000, por horas extras pagaderos mensualmente lo que se mantuvo constante durante los tres últimos meses, que la labor fue encomendada de manera personal, que tuvo un memorando, que el 15 de mayo de 2018, le terminaron el contrato aduciendo justa causa, que la demandante fue llamada a transar, lo que hizo por la indemnización, pero no por las prestaciones que transcurridos 9 meses después no se han cancelado. (fls 2 al 7).

La demandada contestó la demanda a través de apoderado oponiéndose a las pretensiones, por carecer de fundamentos fácticos y legales. En cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato, negó el salario afirmando que las horas extras se cancelaron en la medida que se laboraron, afirmó que con la transacción se concilió todo lo adeudado. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, cosa juzgada y genérica. (fls 82 a 87).

Tramitada la primera instancia, el Juez 23 Laboral del Circuito profirió sentencia el primero (1) de julio de 2020, DECLARANDO probada la excepción de cosa juzgada, ABSOLVIENDO de todas las pretensiones y condenando en costas. (fls 99 y siguientes).

Para llegar a esa conclusión en síntesis, afirmó el Juez lo siguiente*: ".. Respecto de la relación laboral, debe señalarse que no existe controversia en relación con la vinculación laboral que unió a la parte demandante con la empresa demandada, así se acepta en la contestación de la demanda, folio 82 a 87, donde se admitió como cierto el hecho de que la demandante laboró para la empresa entre el 9 de octubre de 2017 hasta el 15 de mayo de 2018, desempeñando el cargo de auxiliar contable. Lo anterior se puede corroborar con la prueba documental arrimada al proceso, como es la carta de terminación del contrato de trabajo que se puede observar a folio 8, también con el memorando informativo del 17 de abril de 2018, folio 9, con el acuerdo transaccional que suscribieron celebrado el 29 de septiembre de 2018, folio 14 a 17. Ahora bien, en cuanto existe discusión en principio es en cuanto al salario, pues la parte demandante asegura que devengó un salario de $1.100.000 y la parte demandada asegura que fueron $737.018, respecto del salario, el juzgado se remite a la prueba documental que es con la que cuenta el despacho para determinar el valor del salario, en los que el señor Armando Castro Velásquez y la señora Liliana Esperanza Rodríguez, trabajadores de la compañía durante el tiempo que estuvo la demandante, afirmar los dos al unísono, de manera clara, que el salario devengado por la demandante correspondía la suma de $1.100.000, es decir, confirma lo aseverado por la parte demandante en su libelo demandatorio. En ese sentido, para todos los efectos legales, se tendrá como salario de la demandante la suma de $1.100.000 durante la jornada laboral. Determinada de esta forma la existencia del vínculo laboral entre las partes y su salario, se adentra el despacho al estudio de las demás pretensiones de la demanda, que corresponden al tema del pago de las cesantías, prima de servicios y vacaciones y la indemnización moratoria sobre este pago, teniendo en cuenta que esas son las pretensiones que formula el señor demandante en su libelo*

demandatorio o la parte demandante. Para resolver, es importante tener en cuenta que entre las partes se celebró una transacción el día 26 de septiembre de 2018, por valor de $5.000.000, folio 14 a 17, ***en donde se aprecia que las partes que se establecen en dicho acuerdo, que quedan a paz y salvo por todo concepto, referente a acreencias laborales como salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, prestaciones sociales causadas en virtud del contrato de trabajo y además que dicho contrato se había incorporado lo pertinente a la totalidad de los valores correspondientes a salarios, horas extras, recargos nocturnos, indemnizaciones de toda clase y en general de toda acreencia laboral****. Ahora bien, igualmente se observa que la parte demandante asevera en la demanda que lo pagado en la transacción que suscribió la parte demandada, ello correspondía la indemnización por terminación del contrato de trabajo, eso manifiesta la parte demandante y lo aclara en el interrogatorio de parte, también manifiesta lo mismo, entiende el juzgado que esa indemnización corresponde a la del despido sin justa causa, además que no lo pide en sus pretensiones de la demanda, entonces entiende el juzgado que esa transacción según el dicho de la parte demandante, correspondía a la indemnización por despido sin justa causa. En el área del derecho laboral y de la seguridad social existen dos tipos de derechos, que es lo que está en discusión, los derechos inciertos y discutibles y los derechos ciertos e indiscutibles, y por tanto, para determinar cuáles son los elementos que distinguen a estos últimos, la sala laboral en su sentencia con radicación 3515 8 de junio de 2011, establece lo siguiente: "el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra, que un derecho sea cierto, real e innegable cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o exigibilidad." En ese orden de ideas, un derecho es cierto e indiscutible cuando está incorporado el patrimonio del sujeto y se halla certeza sobre su dimensión, es decir, haya operado los supuestos de hecho de la norma que lo consagran, así no haya configurado aun la consecuencia jurídica del mismo. Por el contrario, un derecho es incierto e indiscutible cuando los hechos no son claros, la norma que prevé es ambigua o admite varias interpretaciones o su origen está supeditado al cumplimiento de un plazo o condición y existe una circunstancia que impide su nacimiento y exigibilidad, de ahí que es preciso señalar que la transacción es definida por el ordenamiento jurídico colombiano, como lo siguiente: "un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, pero cuando el litigio de la transacción se discute un derecho laboral, el objeto de la transacción solo puede referirse a derechos inciertos y discutibles, y de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la constitución política, ello en concordancia con el artículo 15 del código sustantivo del trabajo, en donde se establece que es válida la transacción en asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles. Ahora bien, igualmente la jurisprudencia ha señalado que la transacción sobre los derechos laborales no puede recaer sobre derechos ciertos e indiscutibles, es decir, en cualquier derecho que el trabajador haya adquirido en cualquiera de las figuras vinculantes para el empleador, puede ser definido o calificado como derecho cierto e indiscutible, pero igualmente debe reiterarse que no existe una norma que de forma expresa señale una lista de estos derechos ciertos e indiscutibles, por lo que depende del análisis que se haga en cada caso particular, por lo tanto, al efectuarse la respetiva liquidación de prestaciones sociales de la demandante a la terminación del contrato, de acuerdo a su interrogatorio de parte, lo que le adeudan, teniendo en cuenta esas manifestaciones que efectuó en el interrogatorio de parte, que dijo que solo se debían, y es confesión obviamente de la demandante, que solo se le debían las cesantías y la prima de servicios del año 2018, al igual que las vacaciones por todo el tiempo.* ***Eso nos arroja lo siguiente: por cesantías la suma de $409.444.44; por prima de servicios $442.278 y por vacaciones arrojaría la suma de $333.055. En ese sentido, al despacho le da un total por estas prestaciones sociales y vacaciones, un total de $1.184.779. Es decir, que dentro de la transacción, la cual se suscribió por $5.000.000, no se están***

afectando derechos ciertos e indiscutibles, se están cancelando de manera total estos derechos ciertos e indiscutibles que es lo que prohíbe la norma, lo que prohíbe la norma es que no se pueden afectar derechos ciertos e indiscutibles, no quiere decir que no los pueda transar, lo que pasa es que los debo pagar de manera completa, ese es el punto o la prohibición del tema de los derechos ciertos e indiscutibles, en este caso, la transacción fue por $5.000.000, reiteramos, luego se está respetando de manera completa los derechos ciertos e indiscutibles reclamados por la trabajadora, que ascienden, reiteramos a la suma de $1.184.778. *Así las cosas, se tiene que si bien es cierto los artículos 13, 14 y 15 del código sustantivo del trabajo limitan la autonomía de la voluntad privada en asuntos de trabajo para proteger la parte más débil de la relación, de ello no se puede entender la invalidez de todos los pactos que celebren el trabajador y el empleador para regular sus condiciones de trabajo o para terminar las que se están ejecutando o las que se hayan ejecutado, si tales pactos, en este caso transacción, cumple con las condiciones estipuladas en el artículo 1502 código civil, esto es, que las partes tengan plena capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícita para la validez del acto jurídico, que dentro del expediente, si miramos estos requisitos, no se encuentra prueba alguna de la existencia del error, no se encuentra prueba alguna de la existencia del error que haya sido inducido, no se encuentra prueba de que haya habido un engaño o un dolo de la parte demandante para suscribir este documento o de coacción que hubiese ejercido el empleador a la parte actora para que aceptara las condiciones que le propusieron en la transacción, pues lo que puede vislumbrar es que por el contrario, la propuesta fue clara, de mutuo acuerdo y se dio con la presencia de los requisitos para obligarse, la parte demandante tiene todos los requisitos para obligarse como es la capacidad, el consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícitas. En este último, el objeto y la causa licita, en materia laboral, implica entre otras que el acuerdo desconozca derechos ciertos e indiscutibles de trabajo, desconozca mas no que no se puedan pagar de manera íntegra, en este caso, se pagaron de manera íntegra y se estableció claramente en el clausulado de las transacciones que se estaba pagando salarios, cesantías, prima de servicios, demás prestaciones, vacaciones, eso quedó estipulado en el clausulado de la transacción y fue suscrito por la parte demandante, reiteramos, fuera de vicios del consentimiento, pues eso no se está demostrando en el expediente ni el vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo. Por el contrario, tanto el acuerdo transaccional y la declaración de ella misma, a pesar de que dice ese acuerdo transaccional, como lo dijo la misma parte demandante en su interrogatorio, fue asesorada por una profesional del derecho, ella suscribió esa transacción, teniendo en cuenta su asesoría y nada mas, reiteramos, que de una profesional del derecho, eso lo señaló la propia demandante en su interrogatorio, por esta razón el despacho no vislumbra que haya existido un error inducido en la medida de que el contrato de transacción no se observa lo que pretende hacer ver la parte actora. Por lo contrario, el acuerdo transaccional, para el despacho, goza de plena validez y lo que a ciencia cierta demuestra es que el documento es la manifestación de la voluntad de las partes de finiquitar cualquier diferencia relativa o que pudiera suscitar en el contrato de trabajo que existió entre las partes aquí en el juicio, pues no puede evidenciar el despacho que en el contrato de transacción se hubiese renunciado, aquí no se renunció a derechos ciertos e indiscutibles, en la medida, reiteramos, de que la sanción moratoria a la que se hace alusión la parte actora, en la presente demanda, necesita algunos presupuestos para que se configure, entre ellos la mala fe y que el trabajador debe probar, ya que la indemnización no nace de manera automática, pues como se dijo, hay que tener en cuenta ciertos elementos que hace imposible su configuración, exigibilidad por lo que en este caso no puede considerarse que esa indemnización que está solicitando, sea un derecho cierto e indiscutible, los derechos ciertos e indiscutibles son las prestaciones sociales, las vacaciones, las cuales liquidamos en debida forma y reiteramos se encuentran inmersas dentro de la transacción, por cuanto no fueron afectadas. En este sentido, y con estos argumentos se tiene que la transacción suscrita entre las partes hizo tránsito a cosa juzgada, por tal motivo, en ese sentido, declararemos probada esa excepción y por tanto no le queda mas el despacho que declarar probada y absolver a la parte demandada de las*

pretensiones de la demanda. Costas a cargo de la parte demandante. Sin mas consideraciones, en mérito de lo expuesto, el juzgado 23 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1. *Absolver a Julio A Ochoa y Compañía EU en liquidación y solidariamente al señor Julio Adonay Ochoa González, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora demandante, señora Blanca Vilma Pulido Orjuela, conforme a lo considerado.*
2. *Declarar probada la excepción de cosa juzgada, en los términos indicados en la providencia.*
3. *Costas a cargo de la parte demandante.*

Se ordena la consulta de la presente sentencia si no es apelada por el apoderado de la parte demandante, teniendo en cuenta que la decisión fue totalmente adversa a las pretensiones de la trabajadora…"

Como no fue apelada la sentencia se estudia en grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES

Lo primero que conviene precisar, es que tal y como señaló el Juez ninguna duda hay de la existencia del contrato de trabajo, lo cual fue aceptado en la contestación de la demanda y de lo que existe también suficiente prueba documental, entre otras la misma transacción sobre la cual giró el debate.

Ahora bien, aunque en la carta de terminación del contrato se aduce que la duración del mismo era indefinida, en la contestación se acepta que este fue un error y que se pactó por tiempo fijo, con un salario de $1.100.000, pues como también encontró el A quo, fue el único acreditado.

El tema a definir, era ciertamente el relativo al acta de transacción y si en ella como asegura el demandante, no se incluyó suma alguna por prestaciones y vacaciones, adeudándolas en consecuencia aún el exempleador, o si por el contrario la suma pagada incluyó la indemnización y las prestaciones.

Claro resulta que el contrato terminó sin justa causa procediendo el pago de indemnización como se anunció en la comunicación que aparece a folio 8; así como también es clara la existencia de la transacción que parece a folios 14 y siguientes.

Bien el artículo 2469 del Código Civil, consagra que la transacción es un contrato amistoso a que llegan las partes con el objetivo de terminar un litigio surgido entre ellas o precaver un litigio eventual. Para que el contrato sea válido, resulta suficiente la manifestación escrita de las partes de que llegaron a un acuerdo sobre el punto litigioso o **eventualmente litigioso.** Llevada a cabo la transacción, la Ley le asigna los efectos de cosa juzgada lo que significa que ninguna de las partes puede demandar a la otra reclamando obligaciones ya superadas mediante este mecanismo; desde luego eso si que se dé cumplimiento a normas laborales, si estas están involucradas. **Así mismo resulta consustancial a la figura el que las partes se hagan mutuas concesiones, esto es, que cada una de ellas pierda parte del derecho que cree tener. Por tal razón, si el acuerdo se limita a reconocer derechos a una sola de las partes o a la renuncia de los que se disputan, no se configura la TRANSACCIÓN.**

Que norma en especial debe acatarse cuando se realiza una transacción en materia laboral?. Pues no otra que la contemplada en el artículo 15 del CST, el cual dispone que en los asuntos del trabajo la TRANSACCIÓN es válida; salvo que se trate de derechos ciertos e indiscutibles. Por ello, no tendrá ningún valor la que se realice menoscabando o afectando de alguna manera aquellos derechos del trabajador sobre los cuales no pueda existir ninguna duda por haberlos contemplado la ley expresamente; tema que amplia y acertadamente analizó el Juez.

En consecuencia, la Sala examinó el contenido del documento con el fin de constatar si reunía los requisitos para ser considerada UNA TRANSACCIÓN en materia laboral y por tanto conllevara a estimar que lo acordado tiene los efectos de COSA JUZGADA, encontrando que en efecto así sucedió como también encontró el Juez de primera instancia.

Efectivamente a folios 14 y siguientes, obra el documento denominado ACUERDO DE TRANSACCIÓN CELENBRADO ENTRE JULIO A OCHOA Y CIA EU Y BLANCA VILMA PULIDO ORJUELA, en el que textualmente en la cláusula se señala:

"(…)

SEGUNDA: PAZ Y SALVO. LAS PARTES se declaran a PAZ Y SALVO por todo concepto referente a las acreencias laborales de salarios cesantías, intereses sobre las cesantías, prima, vacaciones y prestaciones sociales causadas en virtud del contrato de trabajo entre ellas celebrado, renunciando a iniciar acciones de carácter civil, laboral y de todo orden jurídico que tengan por objeto o como efecto el reconocimiento de derechos adicionales a los consagrados en el presente documento.

TERCERA: CONSTANCIA DE LIQUIDACIÓN. EL EMPELADO hace constar mediante la suscripción de este contrato que EL EMPLEADOR ha incorporado en la liquidación del contrato, en lo pertinente, la totalidad de los valores correspondientes a salarios, horas extras, recargos por trabajo nocturno, descansos remunerados, cesantia (sic), intereses de cesantia (sic), vacaciones, accidentes de trabajo, primas, calzado y overoles, auxilio de transporte y, en general todo concepto relacionado con salarios, descansos, prestaciones, (sic)indemnizaciones de toda especie y en general, por toda acreencia laboral que tengan por causa el contrato de trabajo que queda extinguido…"

(…)

DECIMA PRIMERA COMPROBANTE DE EGRESO: Al momento de suscribir la presente transacción, LAS PARTES hacen constar que la suma pactada por concepto de prestaciones sociales, indemnizaciones, salarios y , en general por toda acreencia laboral que tengan por causa del contrato ha sido cancelada en su totalidad en la suma de ($ 5.000.000), cinco millones de pesos mcte, los cuales se cancelan en efectivo…"

Así las cosas, le asiste razón al juez de primera instancia al declarar probada la excepción de cosa juzgada, toda vez que el acuerdo firmado entre las partes: i) no vulneró sobre derechos ciertos e indiscutibles, ii) dejó constancia de su pago, en las cifras que el A Quo liquidó y que ascienden a $409.444.44; por cesantías, $442.278, por primas y $333.055 por vacaciones por vacaciones para un total de $1.184.779, por lo que el valor restante, ($3.815.221), sobre el que se podían hacer acuerdos y/o renuncias, ya que se trata de indemnizaciones, correspondían justamente a esas acreencias, iii) Esas concesiones mutuas son propias de la transacción, iv) el acuerdo resulta entonces absolutamente valido y legal y por tanto hace tránsito a cosa juzgada.

Resulta suficientemente claro que la suma involucra el concepto reclamado por la parte actora, correspondiente a prestaciones y vacaciones, luego nada adeuda la demandada como acertadamente concluyó el Juez,

por lo que se CONFIRMA, su decisión, sin más consideraciones por innecesarias.

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 República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

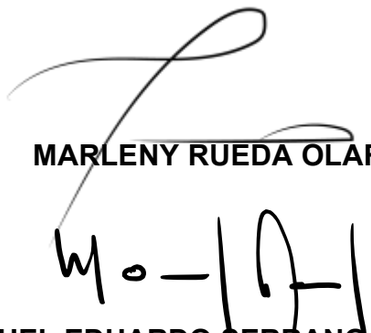
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia revisada en grado jurisdiccional de **CONSULTA.**

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 USO DE PERMISO
LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 23-2017-0750-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ANA MARÍA NOVA VARGAS

DEMANDADO: RUBIA HELENA SALAZAR GIRALDO

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 la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de febrero de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandante presentó alegaciones.

ANTECEDENTES

La señora Ana María Nova Vargas por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE de manera principal, la existencia del contrato de trabajo a término indefinido con la persona natural demandada, entre el 1 de enero de 1995 y el 15 de diciembre de 2015 o hasta la fecha en que se demuestre el mismo, según afirma, la fecha de cobro de depósito judicial; que la terminación fue de manera unilateral por parte de la convocada y sin justa causa, en consecuencia solicita el pago de las diferencias salariales causadas con relación al smlmv, a partir del 1 de enero de 1996 y hasta la fecha de su despido o hasta la data que se demuestre, así mismo, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, dotaciones, aportes al sistema de seguridad social integral, todo, por el mismo periodo que se declare.

Subsidiariamente solicita la declaración del contrato de trabajo desde el 1 de enero de 2015, en las mismas condiciones anteriores, pero sin solución de continuidad, sin embargo, solicita se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, y la que trata el artículo 65 del C.S.T. desde el 15 de diciembre de 2015, indexación de las sumas debidas y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, ingresó a laborar al servicio de la demandada el día 1 de enero de 1995, mediante contrato de trabajo para desempeñar el cargo de empleada doméstica interna, ejerciendo funciones de aseo general, cocina y demás actividades inherentes; como salario inicial se

fijó la suma de $120.000 pagaderos según el criterio de la empleadora; que laboraba horas extras a pesar de ser empleada interna, ya que su labor era constante y continua cumpliendo órdenes no solo de la convocada, sino de toda su familia; que el día 15 de diciembre de 2015 fue despedida sin justa causa, sin que le fueran pagados a su favor, aportes al sistema de seguridad social integral, que la demandada no concurrió a las citaciones para lograr una conciliación por medio del Ministerio del Trabajo; que respecto el título judicial N° 400100004645756 por valor de $2.081.162,45, el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá con fecha 21 de agosto de 2014, manifestó que, no se cumplía con los requisitos para ordenar su entrega, no obstante, el mismo fue pagado a la actora el día en el mes de enero de 2016; que no le fue pagado suma alguna por concepto de vacaciones, primas de servicios, dotaciones, a su parecer, siendo despedida en condiciones económicas y de salud, precarias; que no es pensionada ni tiene acceso a servicios de salud, y que no sabe leer ni escribir.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados 2 a 4, 8, 9, 12 a 17 y 20 a 23, aceptando la existencia del contrato de trabajo más no los extremos temporales de los que insisten corresponden del 18 de julio de 2012 al 4 de mayo de 2014, el trámite impartido al título de depósito judicial y las citaciones a conciliación ante el Ministerio del Trabajo, y negó los demás. Como excepciones formuló de mérito las que denominó cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre el 18 de julio de 2012 y hasta el 4 de mayo de 2014, desempeñando el cargo de empleada interna de servicio doméstico; CONDENÓ a la demandada la señora Rubiela Helena Salazar Giraldo a pagar a favor de la demandante los aportes pensionales comprendidos entre el 18 de julio de 2012 y el 4 de mayo de 2014, para lo cual ordenó que, su pago se hiciera conforme el cálculo actuarial el que debe estar a satisfacción del fondo de pensiones que elija la actora o al que se encuentre afiliada, teniendo como IBC el smlmv para cada anualidad. ABSOLVIÓ de las demás pretensiones. Impuso costas a cargo de la demandada.

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

> "Procede a resolver el problema jurídico previas las siguientes consideraciones, la demandada no se opone a la existencia del contrato, no así, frente a los extremos temporales, ya que insiste en que la actora le prestó los servicios entre el 18 de julio de 2012 al 4 de mayo de 2014, que, analizadas las pruebas allegadas al proceso, y del interrogatorio de parte a la demandada manifestó que, la dte fue su empleada y que hacia oficios domésticos, que estuvo entre julio de 2012 hasta mayo de 2014, ella era interna y dejó abandonado el trabajo, pues no volvió y dejó la puerta cerrada donde ella dormía, que recibía el smlmv, que la conoce hace más o menos 30 años, pero le ha dado trabajo desde antes, que trabajaba por meses, que era muy inestable, que en la penúltima vez que le trabajo le firmó un paz y salvo en el 2012 por los tiempos que ella trabajó, documento que se allegó al plenario, que el último trabajo lo inició en el año 2012, que efectúo depósito judicial a favor de ella, el que se le consignó cuando ella se fue en el año 2014, que siempre le pagó el smlmv y en efectivo y en especie, pues llevaba, a veces mercado, que la dte nunca quiso que la afiliaran a la seguridad social, dijo que no le hicieran ese mal pues estaba en el SISBEN, y además estaba en un programa de adulto mayor y podía sacarla a ella y a su mamá, que respecto del depósito judicial le mando decir a ella que la plata estaba en el juzgado que solamente le prestaba servicios en su casa y que la dte le iba y le llevaba almuerzo; en cuanto a la prueba testimonial se escuchó la declaración de Libia Mireya Ricaurte, manifestó que conocía a la dda más o menos desde el año 2004, y a la dte desde el año 2009 y que desde esa fecha le consta que trabajaba para la dda en el servicio doméstico, que la actora era muy intermitente, trabajaba por espacios, en momentos no volvía, pero

desde el año 2009 a 2012 era más tiempo que la veía laborando que el que no estaba laborando, que desde el año 2012 que la vio permanentemente para la demandada hasta el 4 de mayo de 2014 y que ahí le comentó la dda que la dte la había abandonado y le había dejado la habitación cerrada; el testimonio de Luisa Marina Rodríguez manifestó que conoce a la dda más o menos hace 30 años porque son vecinas y que conoció a la dte porque trabajó en la casa de la dda como interna en el servicio doméstico, que empezó más o menos desde el 2009 empezó a laborar de manera intermitente a 2012 cuando se retiró, luego volvió en el año 2011, luego volvió en julio del 2012 y trabajó de manera permanente hasta mayo de 2014, que la dte no volvió porque le dejó botado el trabajo, y eso lo sabe porque se lo comentó la dda, y que esta le decía a la dte que le cancelaba todo lo de ley; el testimonio de Flor Marina Gómez de Martínez amiga de la dda hace 25 años, que conoció a la dte porque trabajaba donde la señora ruby en donde hacia los quehaceres de la casa y que la conoce desde hace muchos años pues se la pasaba en el barrio, que la dte le trabajó a la dda desde junio de 2012 hasta mayo de 2014, eso se lo comentó la dda, y además lo tiene claro porque ella estaba allí en esa misma cuadra en una droguería donde trabajaba la testigo, que veía a la actora trabajando a ratos en el barrio en varios sitios en diferentes casas, pues ella lavaba ropa y hacia esas labores; el testigo Iván González manifestó que conoce a la dda porque ha sido su vecina desde 1999 y a la dte porque laboró un tiempo con la dda, su labor era de servicios generales, servicios domésticos, que el último periodo en que laboró la dte fue desde el año 2012 y hasta mayo o junio de 2014, que el periodo anterior no lo recuerda porque ella iba por periodos relativamente cortos pues podían ser dos o tres meses, que no conoce a la señora luisa marina, que tiene conocimiento que la actora no le quedó debiendo dinero pues en alguna oportunidad le mostraron algunos documentos mediante los cuales le habían cancelado unos dineros que se le adeudaban, que la relación laboral se termina porque la dte abandona su puesto de trabajo, y lo sabe porque es vecino de la dda, y esta lo hace el comentario y el ingresa y la alcoba de la dte estaba cerrada y le aconsejó que le avisaran a las autoridades y ellos procedieron a hacer esas diligencias; estos son los medios probatorios; que se evidencia que la dte en varias oportunidades le prestó servicios personales a la dda desarrollando labores propias del hogar tales como es el caso de preparación de alimentos, lavado de ropa, actividades propias del servicio doméstico y por esos servicios era que le pagaban como la propia demandada así lo señaló en su interrogatorio de parte, también se pudo establecer que la dte trabajó para la dda en varios periodos sin que los mismos se puedan constatar, pero conforme los testigos más o menos se empieza a trabajar desde el año 2009 como lo manifestó Mireya Ricaurte y Luis Rodríguez quienes dieron cuenta que la vieron trabajando entre el 2009 y el 2012 de manera intermitente, y que luego la volvieron ahí si desde julio de 2012 a mayo de 2014 de manera permanente, al igual que la demandada señaló que la actora le había prestado unos servicios años atrás y por eso la dte le había suscrito un paz y salvo, que por todo lo anterior hay una ausencia de claridad sobre los extremos laborales del servicio prestado por la demandante, no hay claridad en los tiempos de servicios prestados por la actora, que podría decirse que prestó servicios entre el 2009 y 2011, pero estos fueron prestados de manera intermitente, no se tiene certeza de cuales periodos prestó servicios entre estos años, tal y como se evidenció de la única prueba de la cual el Despacho que es la testimonial, carga que le correspondía a la parte actora probar, ni siquiera se puede establecer aproximadamente, no obstante, si se pudo establecer que la demandante si prestó los servicios de manera continua a la dda entre el 18 de julio de 2012 al 4 de mayo de 2014 como empleada del servicio doméstico a través de un contrato de trabajo verbal y devengando el smlmv para cada anualidad como lo confesó la dda y contrato de trabajo visible a folio 128, establecido

lo anterior, se procede al estudio del contrato declarado, sobre las diferencias salariales, que conforme la liquidación final a folio 128 se observa que la misma se realizó con base en el smlmv para cada anualidad y por tanto, al no demostrarse otros conceptos devengados por la parte actora se absolverá a la dda de esta pretensión; reliquidación de vacaciones y prestaciones sociales durante la relación laboral, que aunque la dda no se determina en concreto qué factores no se incluyeron o no se tuvieron en cuenta, de la liquidación a folio 128, según se anuncia en la dda la dte no contaba con horas de descanso, dominicales y adicionalmente laboraba horas extras a pesar de ser interna pero se señala concreta los conceptos se dejaron de cancelar, cuantas horas extras se dejó de cancelar, en esa liquidación sino que se señala de manera genérica, que la jurisprudencia ha señalado de manera reiterativa que la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definida claridad y precisión y que no le es dable al juzgador suponer horas extras laboradas, que de lo así indicado no es posible determinar que la dda haya laborado horas, recargo nocturno, dominicales y festivos, y de haberlo laborado no se indica cuantas horas extras, en qué turno, qué días, lo mismo dominicales y festivos, que aunque revisados los hechos de la dda en verdad se hace alusión a las horas extras dominicales y festivos que se dice la dte laboró, lo cual no es suficiente esa simple afirmación para tener acreditado el tiempo suplementario, laborado que alega la parte actora pues no se indica en concreto cuales eran ni en que periodos, le correspondía la carga de la prueba a la parte dte, así las cosas, como la parte actora no acredita otros conceptos de los que se tuvo en cuenta la dda para efectos de la liquidación y el pago del auxilio de las cesantías durante la vigencia de la relación laboral, intereses a las cesantías y vacaciones, por lo que se absolverá de estas pretensiones; en cuanto a la prima de servicios, la dte para el época en que prestó sus servicios no tenía obligación de cancelar este concepto pues el servicio doméstico estaba excluido de la prima de servicios C-051 de 1995, en razón que el hogar no genera utilidades como lo hace una empresa, y en la sentencia C-871 de 2014 se revaluó la posición, para que los trabajadores domésticos tuvieran derecho a la prima, lo que se llevó a cabo con la ley 1788 de 2016 por lo que se le reconoce la prima a trabajadores domésticos, teniendo en cuenta la irretroactividad de la ley, prima que debe pagarse a partir de diciembre de 2016; sobre las dotaciones jurisprudencia ha señalado que una vez terminada la relación de trabajo pierde su objeto su entrega en labor o en especie por lo que solo se reclamarían perjuicios causados por el incumplimiento debidamente acreditados y avaluados, pese a lo cual en el proceso no fueron determinados tales perjuicios por lo cual no es posible el reconocimiento y se absolverá de esta pretensión; aportes al sistema de la seguridad social integral, que al quedar demostrada la existencia de la relación laboral es obligación de la dda el pago de los mismos a favor de la actora, que la dda no afilió a la dte a seguridad social durante toda la relación laboral como ella misma lo confesó que porque la dte le dijo que no la afiliara porque pertenecía al SISBEN, era un deber afiliarla y no puede ser excusa para omitir la afiliación condenando a la empleadora a trasladar el valor del cálculo actuarial a satisfacción del fondo de pensiones donde se encuentra afiliada la dte, ya que dentro de la relación laboral no aparecen pagos de aportes al sistema de seguridad social como afiliación a ningún fondo tal como fue confesado por la parte dda, debiendo la entidad de seguridad social realizar el cálculo actuarial, y la dda el pago del mismo teniendo en cuenta el smlmv, para cada anualidad entre el 2012 y 2014, en cuanto los aportes a seguridad social en salud en radicado 35554 de 2012 se ha establecido que los mismos no proceden una vez finalizado el vínculo de trabajo, dada la contingencia que protege, pretensión que se negará; las mismas razones en riesgos laborales; se releva el estudio de las pretensiones subsidiarias; excepción de prescripción, que la condena por

aportes pensionales estos no se ven afectados por prescripción, por formar parte para el reconocimiento de la pensión, que es de carácter vitalicio, declarándose no probada en este sentido; costas a cargo de la dda.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

"Interpongo recurso de apelación por los numerales uno y tres, haciéndose la claridad que absolvió a la dda por los salarios, las diferencias salariales, trabajo suplementario, horas extras, dominicales, y festivos y al pago de los perjuicios frente a la dotación y demás acreencias que lograron evidenciarse y que en su momento se pidieron en la dda como pretensiones ultra y extra petita, pues se lograron probar; los argumentos son los siguientes: las pretensiones de la demanda se resumen en declarar que entre las partes existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 1 de enero de 1995 hasta el 15 de diciembre de 2015, que dda desde la fecha en que se configuró la relación laboral no pagó conceptos de cesantías, intereses a la cesantías, dotaciones, aportes pensionales, salud y riesgos laborales, entre otros; que conforme las pruebas allegadas y practicadas no existe duda en el ejercicio de más de 18 años de la explotación económica, laboral y excesiva, que ejerció sobre la dte, quien aprovechándose de su condición de analfabetismo de la necesidad de un mínimo vital y de la necesidad de contar con un techo, que abusaba físicamente de las funciones de empleada doméstica interna sin todas las garantías legales que la ley le otorga, que si bien la carga de la prueba recae sobre la dte tampoco se aportó por la parte dda documentos solicitados dentro del proceso, y que en la dda se pidió exhibición y se requirió a la dda aportarlos como refieren a los documentos de las liquidaciones, de los contratos pensiones y obviamente y de los pagos que realmente se generaban como contraprestación del servicio, que de no haberse demostrar por lo menos que se haya pagado un salario mínimo para cada año de servicio, así como los pago de primas, nunca se realizó aportes al sistema hecho gravoso que demuestra claramente las condiciones predominantes y abusivas que ejercía sobre la indefensa Ana maría nova; que la C.P en los artículos 25 y 53 desarrolla el derecho al trabajo resaltando que deberá otorgarse igualdad de oportunidades para todas las personas en condiciones de dignidad, el salario será una proporción de trabajo que se desarrolle tanto cualitativa como cuantitativamente, se desarrolle la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos, la favorabilidad laboral, cuando exista duda que en la aplicación de las fuentes formales del derecho, la primacía de la realidad sobre las formalidades así como la protección especial de la mujer; la prestación del servicio se encuentra regulada por las normas laborales, que por trabajador doméstico se entiende que es la persona natural que a cambio de una remuneración presta sus servicios personales de manera directa y habitual bajo continuada subordinación y dependencia recibiendo o no en un lugar de trabajo a una o varias personas naturales en la ejecución de tareas de aseo, cocina, planchado, vigilancia de niños y demás actividades inherentes al hogar, adicionalmente se llama internos a los trabajadores del servicio doméstico que residen en el lugar o sitio de trabajo, ya se continuo o por días, el C.S.T. marca algunos parámetros legales del servicio doméstico y por tanto estipula que el contrato puede ser verbal o escrito, que la remuneración no puede ser inferior al mínimo el cual puede ser una parte en especie sin controvertir los mínimos

legales establecidos en esta figura, que esta clase de trabajadores se han visto expuestos, en condiciones de vulnerabilidad y así lo resaltó la OIT al rescatar que los trabajadores del servicio doméstico son los más vulnerables expuestos a diversos factores de riesgo; que la Corte ha encontrado varios casos que por no haberse reconocido durante el tiempo que duró la relación laboral unas condiciones de trabajo justas y finalizada esa relación que le permita un mínimo vital que le permita a la agredida sobrevivir en condiciones a su situación de persona de tercera edad, se ha desconocido su dignidad; que las normas consagra mecanismos de previsión que tienden a proteger a las personas de la tercera edad cuando han perdido su capacidad laboral, que desde el año 1988 imponen al empleador de afiliar al servicio doméstico el régimen de pensión, obligación que se mantiene en la ley 50 de 1990 y la ley 100 de 1993 cuyo incumplimiento hace responsable a los empleadores quienes pueden verse obligados a pensionar por su cuenta a los trabajadores y no afiliados oportunamente a pagar una pensión.

Por otro lado es importante resaltar que, el artículo 65 que el empleador pague las prestaciones y los salarios debidas al trabajador a la terminación del contrato de trabajo, en este caso, cuando no hay acuerdo en el monto de la deuda y el trabajador se niega a recibir lo debido la obligación del patrono es hacer la consignación; que no se acoge los argumentos de la sentencia, ya que si bien los testigos declararon que existió una relación laboral desde el año 2012, inclusive unos manifiestan que inició desde el 2009, no puede existir certeza sobre ello, máxime que no obra documentación que soporte dicha información, que como se vio ese día de la diligencia los testigos fuero preparados, siendo evidentes las mentiras que ellos expresaron este día porque fueron enfáticos en manifestar una fecha específica, que conocían a la dte tiempo atrás, reconociendo que se habían prestado servicios de empleada de servicio doméstico de tiempo atrás, igualmente, que la dte no sabe leer ni escribir, y que si bien se aportó un documento del cual ella aparentemente firmó un documento desconocía el contenido del mismo, por lo tanto, no puede expresarse que exista paz y salvo por el pago de esas prestaciones porque pues evidente que dentro del proceso no reposa ninguna afiliación ni nada, entonces es imposible aceptar que desde el 2012 al 2014, que en dos años haya prestado servicios cuando fue la señora Ana María quien levantó prácticamente los hijos, que cuando inició la relación laboral los hijos estaban bebes, el mayor tenía 7 años, la hija tenía 22 meses de edad, que cuando ella fue retirada del puesto de trabajo ellos ya estaban en la universidad, entonces es imposible aceptar que existe una relación laboral por dos años únicamente, que si bien fue más de 18 años los cuales se le prestó servicios a la señora rubia debe el Tribunal revisar esta situación y si es posible llamar a la señora maría nova para que rinda su declaración dentro del proceso y así otorgarle las garantías y los principios esenciales del Estado Social de Derecho de tener acceso a la administración de justicia, o una sentencia que resuelva de fondo los asuntos que se pusieron en conocimiento de la demanda, porque con ello se pretende que prevalezca el derecho sustancial sobre lo procesal y evitar la situacion que actualmente padece la dte por no contar por lo menos con unas cotizaciones aportes a pensión que le negó sistemáticamente la dda, bajo estos argumentos interpongo el recurso de apelación contra la sentencia, exceptuando el punto donde se condena el pago donde se condena al pago de los aportes pensionales siempre y cuando estos sean tenidos en cuenta desde que se inició la relación laboral y no desde el año 2012 al 2014.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y con la sustentación del recurso.

En síntesis, con el recurso de apelación se solicita sean revocados los numerales primero y tercero de la sentencia de primera instancia, referidos a la declaración de existencia del contrato de trabajo con vigencia entre el 18 de julio de 2012 y el 04 de mayo de 2014, y en su lugar, acoger las pretensiones de la demanda teniendo como extremos temporales desde el 1 de enero de 1995 y hasta el 15 de diciembre de 2015.

En primer lugar, frente a la prueba del contrato de trabajo conforme el artículo 54 del C.S.T., la existencia y condiciones del mismo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios, es decir, no solamente con documentos como resalta la recurrente, que, aunque en principio acepta que la carga de la prueba le corresponde a la parte actora, de todas maneras, insiste que la demandada no aportó los que le fueron solicitados con la demanda.

Adviértase que, en concordancia con la norma antes referida, el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., el juez puede formar libremente su convencimiento sin que esté sujeto a la tarifa legal de pruebas, y en este caso, para determinar la existencia del contrato de trabajo, no solo bastó la confesión de la empleadora demandada, sino también los testigos traídos al proceso por esta, puesto que, no debe olvidarse que sobre los testigos de la parte actora, en su momento se aceptó su desistimiento, por lo que mal podría

ahora la recurrente reprochar que se dejaron de apreciar pruebas y que las practicadas, como lo son los testimonios rendidos, sobre los cuales calificó temerariamente que hubo una presunta manipulación, sin que haya podido probar su dicho, que por cierto, nada se menciona en el recurso del dicho de aquellos.

Llama la atención que, refiere que con las pruebas allegadas y practicadas se logra probar la prestación del servicio a favor de la demandada por más de 18 años, sin precisar, primero, con cuáles pruebas, segundo, sorprende con el número de años, ya que además de ser nuevo para el proceso, es simplemente un aproximado, y tercero, no fue objeto de discusión las condiciones de "explotación económica, laboral y excesiva" que presuntamente se ejerció sobre la demandante, aunado al abuso físico en el desempeño de la actora como empleada doméstica, situaciones que nada tienen que ver con el problema jurídico planteado ni con lo debatido al interior de este proceso.

Así las cosas, se tiene al interior del proceso que, los testimonios recaudados permiten simplemente ratificar la aceptación que la demandada hizo de la existencia de la relación laboral no solo en la contestación de la demanda, sino también, con su dicho al absolver interrogatorio de parte, esto es, entre el 18 de julio de 2012 y el 04 de mayo de 2014, como en efecto se declaró.

Contrario a lo anterior, en el proceso no hay medios de convicción que permitan inferir que la relación laboral tuvo vigencia conforme se pretende en la demanda, esto es, entre el 1 de enero de 1995 al 15 de diciembre de 2015, por lo que, si ese era el querer de la parte actora, lo cierto es, que no aportó elementos de juicio que así lo demostraran, incluso, se itera, la

apoderada de la demandante desistió de la prueba testimonial, y en gracia de discusión, pasa por alto que, en la demanda el extremo final se pretende hasta la fecha en que se pruebe, pero extrañamente hoy se cuestiona, así como lo establecido en el artículo 167 del C.G.P., esto es, que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Ahora, en el evento en que la parte actora hubiere podido acreditar la prestación personal del servicio de la demandante en los periodos solicitados y que no hicieron parte de la declaración del contrato, en virtud del artículo 24 del C.S.T., operaria la presunción de la subordinación, respecto de la cual, de todas maneras, a la parte actora le hubiese correspondido desvirtuar alegando que las actividades desarrolladas lo fueron con autonomía e independencia.

Luego, conforme lo antes considerado no alcanza prosperidad el recurso en el sentido de variar los extremos temporales declarados por el juez de instancia, debiéndose confirmar en ese aspecto.

Por otro lado, sobre los derechos laborales recurridos a favor de la demandante como son salarios, diferencias salariales, trabajo suplementario, horas extras, dominicales, y festivos y al pago de los perjuicios frente a la dotación, se manifiesta en la apelación, primero, que debe accederse a los mismos, y segundo que su pago lo sea desde de la fecha inicial pretendida, esto es, 1 de enero de 1995, frente a lo cual, teniendo en cuenta lo antes decidido sobre la duración del contrato en las fechas aludidas y ya conocidas, la Sala revisará la inconformidad, pero solo, dentro del límite

temporal de la relación de trabajo que se confirmará, es decir, entre el 18 de julio de 2012 y el 04 de mayo de 2014.

En lo que tienen que ver con las diferencias salariales aludidas, considera la Sala que, con el simple hecho de pretender ese reconocimiento, ya con ello se está constituyendo un indicio que, si le pagaban o le reconocían una contraprestación por concepto de salario, que, aunque diferente al salario mínimo, lo cierto es que con ello se tiene que le pagaban.

Por otro lado, en el proceso no obra prueba que permita establecer el monto diferente al salario mínimo legal mensual que se dice recibía la demandante, por ende, no hay razones para modificar la decisión del juez, en el sentido que absolvió de ello, y menos, con otro indicio que permite la liquidación del contrato de trabajo visible a folios 128 y 129, en que la demandante percibía como salario el mínimo legal mensual vigente.

En lo que refiere al trabajo suplementario, horas extras, dominicales, y festivos, basta con indicar que, la carga de la prueba le corresponde al trabajador, que no basta con hacer alusión de manera genérica en los hechos de la demanda, sin establecer con exactitud, claridad y precisión la cantidad de tiempo suplementario y demás recargos, sin que le sea permitido al funcionario judicial deducir dichos cálculos basado en simples suposiciones, y en tal orden de ideas, se confirmará la decisión de primera instancia es este aspecto.

Frente a los perjuicios ante la presunta omisión en la entrega de dotación, una vez más, al respecto no obra medio probatorio que permita su

reconocimiento, y es que ni siquiera se alega un nexo causal o se advierte aproximación argumentativa alguna.

Frente a los demás conceptos laborales, el recurso se limita a solicitar, que, como consecuencia de la revocatoria de la sentencia, sean reconocidos los derechos laborales a la demandante; al respecto, en la liquidación del contrato de trabajo visible folios 128 y 129, y que, por cierto, en la demanda se acepta que fue pagada, se advierte el reconocimiento de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, correspondientes para el periodo laborado declarado, ahora, que para el momento en que transcurrió el vínculo laboral, la demandada no estaba obligada al pago de primas de servicios, toda vez que, solo hasta la entrada en vigencia de la Ley 1788 de 2016, los trabajadores del servicio doméstico, son beneficiarios de ésta prestación.

Por otro lado, la recurrente solicita al Tribunal se revise el hecho que, a su parecer, califica como imposible que la demandante en solo dos años haya prestado sus servicios, al decir que fue ésta quien cuidó a los hijos de la demandada hasta que aquellos ingresaron a la universidad, y por tanto solicita se convoque nuevamente para que rinda su declaración la actora.

Sobre el particular, recalca nuevamente la Sala, que no se trata de imponer decisiones judiciales de manera caprichosa, sino dirimir la controversia suscitada entre la trabajadora y ex empleadora, con base en las pruebas aportadas de manera legal y oportuna, y no puede ahora la recurrente, de manera supletoria, intentar subsanar el escaso acervo probatorio aportado, para seguir insistiendo en la prosperidad de sus pretensiones por medio de manifestaciones subjetivas y sin fundamento.

En lo que respecta a la comparecencia de la demandante ante esta Corporación, al revisar el desarrollo de la audiencia de trámite de que trata el artículo 80 del C.P.T. y de la S.S., se establece que la promotora en tal oportunidad no asistió, y respecto de lo cual, en el proceso no obra la prometida excusa a la que aludió en ese momento la apoderada de ésta; aunado a ello, de todas maneras, considera la Sala innecesaria la declaración o interrogatorio de parte de la señora Ana María Nova Vargas, comoquiera que, por un lado, hay claridad sobre los hechos de la demanda, y por otro, con el interrogatorio se busca la confesión que produzca consecuencias jurídicas adversas al deponente y que redunden en beneficio de la contraparte, por ende, la misma parte no puede proveerse este medio probatorio.

Por último, solicita la recurrente se revoque la sentencia con excepción de la condena por aportes pensionales, y resalta, "siempre y cuando éstos sean tenidos en cuenta desde que inició la relación laboral y no desde el año 2012 al 2014"; al respecto, desde ya debe denegarse el punto de inconformidad en atención que la relación laboral no pudo ser demostrada en los extremos temporales solicitados en la demanda, y, por tanto, la condena por aportes al Sistema General de Pensiones no puede desconocer esos límites temporales, además, que de acogerse la solicitud de la apelante desde la condición de dejar vigente la orden pago pero solo si es en los términos pedidos, ello sería regresivo para la demandante e iría en contra de sus derechos constitucionales y laborales.

En consecuencia, la sentencia de primer grado será confirmada en su integridad por todo lo 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 USO DE PERMISO

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 21-2018-234-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ANA CECILIA BENAVIDES BECERRA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora CINDY JULIETH VILLA, 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.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora LEIDY ALEJANDRA CORTÉS, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada AFP Protección, 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 entidades demandadas Colfondos, Protección y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintiuno 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 la parte demandante y las demandadas Protección S.A. y Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora ANA CECILIA BENAVIDES por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la existencia de vicio en su consentimiento en la afiliación y contrato de administración que suscribiera con Colfondos S.A., como consecuencia del ocultamiento y de la información precontractual y contractual, al no haber sido informada debidamente acerca de los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de afiliación al RAIS; como consecuencia de ello, solicita se declare la nulidad de dicha afiliación realizada el 28 de junio de 1995, como consecuencia del engaño por ella sufrido derivado de la falta de información en que incurrió Colfondos S.A; como resultado de tales declaraciones, solicita se ordene a Colfondos S.A., autorizar y tramitar el traslado de la totalidad de aportes junto con rendimientos al RPM, ordenándole a Colpensiones a aceptar dicho traslado e incorporarlo en su historia laboral. (fls. 8 y 9).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al ISS el 1 de abril de 1981, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 650 semanas cotizadas a dicho Instituto, que recibió la visita de la señora Yalila Posada, quien para la época se desempeñaba como ejecutiva de cuenta de Colfondos S.A., quien promovió su traslado a dicha AFP el 28 de junio de 1995, para lo cual le informó que la mesada pensional que percibiría en dicho régimen, sería superior a la del RPM, se pensionaría de manera anticipada teniendo en cuenta el valor de su bono pensional, cuando ni siquiera conocía a cuánto ascendía su salario, que no le indicó que su bono pensional se podría redimir cuanto llegara a los 60 años, que no se le presentó simulación pensional alguna y no le entregó reglamento de pensiones.

Señala que elevó derecho de petición ante Colfondos S.A., solicitando se acreditara la información que se le brindó al momento del traslado, a lo que esta administradora le informó que esta se daba de manera verbal, razón por

la cual, no existe soporte alguno del cumplimiento de dicha obligación, que de acuerdo con simulación pensional efectuada por dicho fondo, al cumplir la edad requerida para pensionarse, su mesada ascendería a $886.880 y si se encontrara afiliada al RPM, tendría un valor de $3.229.829, ya que su IBL, asciende a $4.289.955, de lo que se desprende que en el RAIS, no percibiría ni el 35% de la mesada pensional que hubiera percibido de continuar afiliada al RPM, que el 26 de marzo de 2018, solicitó ante Colpensiones solicitud de traslado, a lo que le indicaron que era improcedente. (fls. 5 a 8).

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 a 3, 11 a 13, 15, 16, 18, 19, 21 a 23 y 39. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción y buena fe. (fl. 61).

Por su parte, la AFP Colfondos S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en No. 7 y 11, manifestó no constarle los No. 1, 2, 12, 15, 18, 19, 21 a 23, 26 y 30 a 33 y negó los demás. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no prueba de la causal de nulidad alegada, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago y ausencia de vicios del consentimiento. (fl.96)

Protección S.A., de igual forma, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó el No. 27, negó el 29 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del SGSSP, inexistencia de la obligación de devolver gastos de administración. (fl. 205)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS el 28 de julio de 1995, por medio de Colfondos S.A, declarando como única afiliación válida la de la actora al RPM; como consecuencia, ordenó a dicha administradora a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros, sin realizar deducción por concepto de gastos de administración, de igual forma, ordenó a Protección S.A., a realizar el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración durante la afiliación de la actora a dicho fondo, traslado para el cual, les concedió un (1) mes, condenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la señora Ana y a actualizar su historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Colfondos S.A. (fl. 350)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

En este asunto está acreditado conforme a la documental que ha allegado en el expediente que está a folios 35 a 37, reporte de semanas cotizadas y también en documentales 72 a 76, el reporte de semanas cotizadas donde se observa que la demandante estuvo afiliada al RPM desde el 1 de abril de 1981, igualmente se tiene que a folios 20, 32 y 117 está el formulario de solicitud de vinculación con Colfondos de fecha 28 de julio de 1995 y que tuvo fecha de efectividad a partir del 1 de agosto de 1995, como se indica en el historial de vinculaciones del portal de Asonfondos el SIAFP que está a folio 118. Igualmente, a folio 237 reposa el formulario de solicitud de vinculación al fondo obligatorio de pensiones a través del cual la demandante se traslada de Colfondos al que entonces se llamaba Davivir o Protección el 3 de abril de 2000, el cual fue efectivo a partir del 1 de junio de ese mismo año. Sin embargo, posteriormente el 7 de febrero de 2001, la promotora aquí del proceso la señora Ana Celia se traslada nuevamente a Colfondos y esto conforme al SIAFP, ya que no contamos con ese formulario de vinculación, y este se hace el 1 de abril de 2001, esto es a folio 118 como reporta el historial de vinculaciones.

Se tiene que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido reiteradamente que para entender que el traslado del régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado es necesario que se haya suministrado una información completa, clara, oportuna, veraz y comprensible de la situación pensional concreta de ese nuevo afiliado. Además, se tiene que en sentencia de esta Corte con ponencia de la doctora Clara Cecilia dueñas Quevedo se indica que el acto jurídico del cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador usuario, como mínimo acerca de las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales así como de los riesgos y las consecuencias que traería ese traslado. Existe en el campo de la seguridad social y eso se ha puesto de presente dentro de sentencia 19447 de 2017, un verdadero deber de obtener un consentimiento informado, entendido este como el procedimiento que garantiza que antes de aceptar ofrecimiento de un producto o de un servicio, se tenga una comprensión por parte del usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación, y esto pues tiene armonía con el objeto que se ha reseñado en el entendido que el sistema de seguridad social debe garantizar los derechos irrenunciables de las personas, y por tanto se debe tener esa decisión informada o ese consentimiento informado, se tome esa decisión debidamente consciente e informada de las

circunstancias, no solamente lo bueno, lo positivo que reporta ese traslado, sino también de las consecuencias negativas del mismo, desde el año 1993, en el artículo 97 de la ley 663 de 1993 y ya que incluso en palabras de la Corte, desde sentencia 19447 de 2017, señalado que no solamente el artículo 13 de la ley 100 de 1993, sino esa misma norma que del estatuto orgánico del sistema financiero se ha indicado que eso hace que esas entidades administradoras de fondos de pensiones debían obrar no solo conforme a la ley sino soportadas en los principios de la buena fe y del servicio a los intereses sociales, y es así como entonces se puede concluir que el deber de información que tienen las AFP no solo se limita a hacer una proyección pensional o no es solamente con esto o solo que se requiere únicamente o estar para poder indicar que hay información, sino también de darle a conocer la formación necesaria para que tenga una mayor transparencia en las operaciones que realiza, y por tanto se tenga elementos de juicio claros y objetivos conforme lo establece el artículo 97 que ya hemos citado y es así como con base en esta premisa normativa, se puede concluir que esto implica una descripción de las condiciones, de los accesos de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer todo con exactitud la lógica en que funciona el régimen privado o los fondos privados o los fondos públicos y pueda tener esa decisión objetiva, y con base en esa información pueda objetivamente tomar la decisión y también por ende asumir los riesgos que esto pudiera conllevar, pero debidamente informada.

Se ha señalado y se ha decantado también frente al deber profesional que tienen estos fondos de pensiones cuando se hacen traslados, ya que ellos cumplen frente a actividad financiera y en virtud de las cosas el deber en este tipo de contratos que también tiene una actividad inherente ligada a la seguridad social, indiscutiblemente así se ha planteado un profesionalismo en desarrollar la misma, ya que ellos cuentan con sistemas técnicos de carácter informativo, con sistemas actuariales, con una estructura que pueda dar a conocer todos los detalles del servicio que están prestando y es así de esa forma que deben actuar de manera profesional y esto se ha sentado entre otras en sentencias 3496 de 2018, como también en la sentencia SL1452 de 2019, donde incluso se hace un cuestionamiento de cuando se habla de que se pone de presente que hay ignorancia de la ley, pues lo que se pone y se indica que si bien esto no serviría de excusa como existe un postulado de derecho que ponen de presente los apoderados, no lo es menos que en estos casos concretos nuestra jurisprudencia ha establecido que este deber profesional hace que los mismos fondos de pensiones deban suministrar esta información y no puedan excusarse, valga la redundancia, en que se debía conocer por parte del afiliado, siendo ellos los obligados a suministrar esta información. Ahora bien, frente a la carga de la prueba, hacemos alusión al artículo 161 del código general del proceso que establece que el que niega haber recibido una información, no tener la información, no está en capacidad de probar, por tanto se trasladaría la carga de la prueba a la parte contraria, que en este cargo concreto sería los fondos de pensiones y en eso pues la jurisprudencia ha señalado entre otras en la sentencia también SL1648 de 2019, que ya hemos citado de esa inversión, en virtud de esa norma procesal y también se ha hecho su apoyo en el artículo 1604 del código civil, que la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo, y quien ha debido emplear esa diligencia o cuidado pues es el fondo de pensiones, lo que nos lleva a claramente señalar conforme estos apoyos jurisprudenciales y las normas descritas del procedimiento código general del proceso, que si bien establece ese artículo 161 que debe probar los supuestos de hecho quien los alega, pero también establece esa misma norma que las negaciones indefinidas no requieren prueba. Y es así entonces que la administradora de fondos de pensiones quien debe probar que efectivamente se suministra esta información en las condiciones y términos que ya hemos referido, y pues nos remitimos a los mismos.

En este caso concreto pues encuentra el despacho que Colfondos, que fue la primerea administradora de fondos de pensiones que recibe o traslada de régimen como tal, porque los otros traslados ya nos vamos a referir, fueron traslados dentro del mismo régimen, es quien debió dar esa información a la aquí demandante al momento ese crucial donde decide abandonar el régimen de prestación definida para entrar al régimen de ahorro individual a los fondos privados. Es así como considera este despacho que no existe pruebas suficientes para afirmar o para bordear la certeza a esta juzgadora de que efectivamente Colfondos suministrara a la aquí demandante toda la información necesaria para que llegara a tener ese consentimiento informado que tanto se le exige y

que tanta relevancia ha puesto nuestro órgano de cierre en la sala laboral. Esto se llega a esta conclusión anticipadamente por ende ya se indica que se accederán en la forma detallada más adelante para las pretensiones de la demanda, se llega a esta conclusión bajo las pruebas que han sido arrimadas, en primer lugar tenemos el interrogatorio de parte de Colfondos, realmente no existe mayor información, no existe también confesión a excepto que pues no tiene conocimiento de las circunstancias que rodearon el traslado en la demanda, por tanto el despacho considera que no es necesario hacer una valoración mayor, simplemente que no conocía si tenían capacitados, no se conocía concretamente frente a la demandante y eso sería por parte del interrogatorio. Por parte del interrogatorio de la demandante, donde efectivamente la señora Ana cecilia establece o indica que conoce que se le dio una información dirigida varias personas en una conferencia en una reunión global, en una reunión no personalizada como la situación pensional de ella en ese momento y donde se le da una información claramente que ella acepta, una información que para este despacho lejos de lo que ella manifiesta en la audiencia no podría tenerse como unos efectos adversos solamente el hecho de indicar que desconocía que había una cuenta de ahorro individual que eso se le informa, de indicar que había una bolsa común donde iban todos los aportes, incluso ella manifiesta en su interrogatorio que esa bolsa común le informaban que esa bolsa sacarían para todos y cuando se acababa no tenía pensión y por esa conveniente pasarse al fondo privado y que eso fue en las obligaciones que la llevaron con esa información que se le dio, no se observa de este interrogatorio de parte una confesión sobre que tuviera conocimiento claro de cómo funcionaba el régimen privado o los fondos privados o el régimen público, el régimen de prima media con prestación definida, mal de que algunas pequeñas características de los mismos, pues mayores conocimientos sobre el régimen de ahorro individual sin que tampoco se pueda hablar que tenga un amplio conocimiento de todas las condiciones de uno u otros sistema pensional, para que pudiéramos pensar que esa información fue suficiente, comprensible y objetiva y establecida frente a la situación pensional de la demandante, se le cuestiona que conocía que no realizó aportes voluntarios, pudiendo hacerlo, no obstante lo anterior tampoco observa del interrogatorio ni del documento pues la razón por la que no se hiciera esos aportes o si se le hubiera dado a conocer en que consistían esos aportes al momento del traslado y que de eso dependería o no su pensión, por tanto el despacho considera que frente a este punto tampoco podría tener unos efectos adversos como posibles o lograran enervan las pretensiones de la demanda.

Igualmente, pues señala en su interrogatorio que tuvo la información posterior, sin que si bien es una prueba de cargo y no se podrían tener los efectos favorables de la misma, no hay confesión contraria en su mismo interrogatorio que manifestara que al momento del traslado si lo tuvo o alguna otra prueba que nos permitiera colegir dicha situación. Los traslados con los demás fondos, como ya lo manifiesta, pues fueron con Protección y después que ya se observa en el plenario, como se indicó, con Colfondos, fue un traslado que tampoco en ese momento se confiesa en su interrogatorio, que hubiera recibido una información necesaria, suficiente de para en ese momento para hacer el traslado, simplemente se limita en su interrogatorio a afirmar que lo hizo porque habían unos mayares rendimientos, característica que sin duda alguna, como lo ponen de presente los apoderados en sus alegatos de cierre, tienen que ver con el RAIS, pero no es suficiente con la sola información para tener consentimiento informado. Frente a este interrogatorio de parte también y acompasado con la prueba documental, se observa que existe un formulario tal como lo ponen de presente los apoderados en sus alegatos de cierre, la apoderada de Colpensiones enfáticamente establece que hay una leyenda que está ahí consignada y a la cual firmó y aceptó la demandante, no obstante lo anterior considera este despacho que esa leyenda que está en los formularios de folios 20, 32 y 117 no son suficientes para tener un consentimiento informado, a lo sumo acreditaran un consentimiento pero no un consentimiento informado como es el que se requiere realmente en este tipo y concreto de casos, y es así como sobre esto la misma jurisprudencia ya se ha pronunciado de que estas cláusulas genéricas de completar un formato y adherirse a él a través de estas cláusulas, no da los elementos de juicio necesarios para eso, sino pues debe estar acompasado con una información que se suministre, entre esos ha dicho las sentencias 33083, la 19447 de 2017, sentencia del 2011, posteriormente sentencias SL1452 de 2019, 4469 de 2018, sobre estos formularios.

Se cuestiona también pues y Protección hace énfasis en esto también, sin decir que no lo hacen los otros apoderados, pero Protección hace un especial énfasis en que se traslada a otros fondos y que tuvo 3 informaciones diferentes, la primera en momento del año 1995, en el segundo momento cuando se traslada a Davivir, esto para el año 2000 y posteriormente cuando vuelve otra vez a Colfondos, no obstante lo anterior y tal como lo presenta el apoderado actor en sus alegatos de cierre, este simple hecho de traslado horizontal que se conoce entre el mismo régimen de ahorro individual no convalidaría esa actuación que desde un principio no se surtió de dar un deber de información, más cuando aquí tampoco podríamos observar una información clara que pudiera demostrar que en esos otros momentos realmente se probara que le suministraron toda la información de su situación pensional, de las condiciones de uno y otro régimen e incluso podríamos hablar de una reasesoria, de tal forma que esta le mostrara a la demandante con tiempo suficiente que le era más conveniente cambiarse de fondo, sino simplemente existe un formulario de Davivir, e incluso se echa de menos el formulario de Colfondos ya que no fue aportado en el plenario, sin embargo si es claro conforme al SIAFP que está afiliada actualmente en este fondo y en la historia laboral también que se anexa con la demanda. En tal sentido, pues considera este despacho que conforme también la sentencias SL4436 de 2018, que también son referidas por el apoderado actor, no se puede tener convalidado ese traslado y más cuando tampoco se demuestra que en esos traslados se le dio la información necesaria, igualmente se obran unos comunicados de prensa, folios 17 y 19, 239, 240, donde hay una información de para trasladarse los beneficiarios de retornar al régimen de prima media con prestación definida, sin embargo son comunicados generales, comunicados para un público general donde nunca se puede indicar o señalar que, primero que la demandante hubiera tenido conocimiento de los mismos, y segundo tampoco que en esto se hubiera dictado las condiciones de uno u otro régimen, las ventajas, desventajas de la situación pensional de la demandante, por tanto se puede tener como suplido ese deber de información que debió haber nacido en el caso de la demandante para el año de 1995.

Se cuestiona lo del régimen de transición por la apoderada de Colpensiones, no obstante lo anterior, eso ha sido ya reiterado en posición de la corte suprema, sin que podamos decir que es unánime pero si en su mayoría sobre que no es necesario que se encuentre la persona en un régimen de transición, que tenga derechos adquiridos para que sea destinatario, pueda ser beneficiario de estas informaciones, el deber de información se debe surtir ante todos los afiliados que quieran trasladarse del régimen y no solamente para un grupo poblacional definido o restringido a los beneficiarios personas con régimen de transición o con derechos adquiridos, y en ese sentido se ha pronunciado en sentencias 49964 de 2018, la sentencia 1452 de 2019, la 1988 que ya hemos mencionado, y finalmente también existe y haciendo hincapié una decisión también como lo ha puesto de presente el apoderado actor en sus alegatos de cierre, decisiones de tutela recientes de este año 2020, donde se han acatado el desconocimiento del precedente judicial, jurisprudencial ya de nuestro órgano de cierre frente a este tipo de temas y frente al régimen de transición concretamente donde incluso se ha señalado para citar una sola sentencia la SL3202 de 2020 donde fue accionado este despacho judicial o vinculado este despacho judicial, donde se señaló que esta información, este deber de información y las reglas jurisprudenciales que se han fijado no están condicionados a que el afiliado conserve la prebenda de transición o tenga un derecho consolidado, pues se considera que no existió una justificación constitucional que otorga derecho a un grupo de afiliados en desmedro de otros.

Así las cosas, en este punto y al no demostrarse que Colfondos dio la información, lo que se hace es que se torna ineficaz ese tránsito del RPM al RAIS, y por ende este traslado no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, lo que hace que las cosas vuelvan y es así como implica el regreso automático de la señora Ana Cecilia Benavides Becerra al RPM, administrado por Colpensiones, sin que sea necesario adentrarnos al estudio de las nulidades procesales o las nulidades sustanciales concretamente como se pone de presente en los alegatos de cierre por el apoderado de Colfondos y la apoderada de Colpensiones, para estudiar los vicios del consentimiento como el error u otro vicio del consentimiento, ya que no sería necesario ante lo que ella también ha manifestado dentro de sentencia SL1452 de 2019. Como consecuencia entonces se ordenará a Colfondos, administradora a la cual actualmente se encuentra la demandante para que dentro del

término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, proceda a efectuar el traslado de los aportes pensionales, cotizaciones, con sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, entidad que deberá proceder a aceptar dicho traslado y su afiliación sin dilación alguna y actualizar entonces su historia laboral, igualmente se ordenará a Protección para que en el término de un mes transfiera o traslade a Colpensiones lo descontado de la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de gastos de administración y de traslado. Frente a los gastos de administración, el despacho se remite a lo señalado, entre otras, en sentencias SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, 3464 de 2019 y estos deben ser asumidos por las AFP con cargo a sus propios recursos y utilidades, pues desde el nacimiento de este acto ineficaz, se han debido ingresar al patrimonio de Colpensiones.

Al salir avante las pretensiones principales de la demanda, no resulta oportuno y procedente pronunciarnos sobre las pretensiones subsidiarias de la excepción de inconstitucionalidad, por lo tanto el despacho no abordará su estudio. Frente a la excepción de prescripción, que presenta Colpensiones y Colfondos, se declara no probada en este caso donde las pretensiones están encaminadas a la ineficacia del traslado del régimen pensional, no se extingue por el transcurso del tiempo y no son susceptibles de que se aplique el artículo 488 y 151, código sustantivo el primero de ellos, 151 el segundo citado. Y esto se ha puesto de presente en sentencias como la radicado 56174, SL1421 y reiterado en sentencia 1688 de 2019, sin que podamos recurrir tampoco a normas de carácter civil, conforme la sentencia 9377 de 2003. En tal sentido, se declararán no probadas las excepciones de Colpensiones de inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicio el consentimiento, buena fe y prescripción, y declarar también no probadas las excepciones Colfondos, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación y ausencia de vicios del consentimiento. Se condenará en costas del proceso a Colfondos, fijando como agencias en derecho la suma de $1.200.000, sin costas a cargo de Colpensiones porque es una entidad que no dio origen a la presente demanda y estaba ligada a la existencia de un acto de afiliación y vigencia de un traslado, y además también frente a protección no, toda vez que fue vinculada de oficio a este proceso.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colfondos,** recurrió señalando:

Me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia proferido por este despacho, en lo relacionado a la condena impuesta a Colfondos s.a. a la devolución de los gastos de administración y las costas procesales, es en señalar que el cobro de los gastos de administración se encuentran contemplados en el artículo 104 de la ley 100 de 1993, que regula el cobro de dichas comisiones en razón a que en el rais se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, por lo anterior esta defensa no comparte la decisión del despacho, comoquiera que el permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad le permitió a la demandante tener rendimientos respecto de los dineros que ha cotizado en su cuenta de ahorro individual, por lo que así las cosas y en razón a la ineficacia del traslado deprecada por el despacho, también sería pertinente que se ordenara la devolución de dichos rendimientos de los cuales se ha beneficiado la demandante, comoquiera que en el régimen de prima media no hubiera sido posible tener rendimientos sobre esos dineros cotizados, comoquiera que no es la funcionalidad del régimen de prima media, de igual forma solicito respetuosamente a los honorables magistrados se revoque la condena impuesta por concepto de costas y agencias en derecho.

Protección, señaló en su recurso:

Interpongo recurso de apelación al numeral 3 de la presente sentencia en cuanto a la condena de devolución de comisiones de administración de Protección s.a., dentro del presente proceso de la siguiente manera: se debe tener en cuenta que como informé anteriormente en los alegatos, mi representada fue tercera de buena fe, ya que la demandante estuvo afiliada 3 años en el régimen con Colfondos antes de su afiliación con Protección. En cuanto a las cuotas de administración, es de anotar que la deducción de la cuenta de ahorro individual de la demandante por ese concepto se regresó como consecuencia de una exposición legal, valida, exigible, aplicable y vigente, no por capricho de mi representada y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración delos dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, y en el hipotético caso que se asuma que protección no realizó su gestión y administración y se ordene la devolución de esos conceptos, debe procede entonces la devolución de todos los rendimientos generados mientras estuvo afiliada mi representada y que fueron enviados a Colfondos cuando la demandante realizó traslado a dicha AFP, pues estos se generaron producto de la gestión y de la buena administración y en ese sentido solo habría lugar a que se trasladaran los aportes pero sin los rendimientos generados. Además, en caso de declararse que la nulidad o ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan a su estado anterior, por lo que se deberían trasladar sólo los aportes que se encuentran acreditados para el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin los rendimientos generados, ya que estos son exclusivamente generados en el régimen de ahorro individual con solidaridad, por mandato de la ley. De haber estado todo ese tiempo afiliada en el régimen de prima media, no los hubiera ostentado.

Por su parte, **Colpensiones** indicó:

En el presente caso no nos encontramos frente a lo estipulado en los artículos 1508, 1509 y 1510 del código civil y a su vez en el artículo 1740 y subsiguientes de la norma anteriormente referida, de las pruebas allegadas al plenario se evidencia claramente que la señora demandante firmó los formularios de afiliación, tanto a Colfondos como a protección de manera libre y voluntaria y ratificando aún más su decisión de pertenecer al rais, pues esta se trasladó para con protección para el año 2000 y retornó nuevamente a Colfondos en vez de retornar al RPM. Respecto a la carga de la prueba en el presente caso, no existe prueba que permite acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en aplicación del artículo 1604 del código civil que nos habla de la responsabilidad del deudor, pese a que la alta corporación no aplica las demás normas del código civil, al darle relevancia a este no analiza quien es el deudor y quien el acreedor en un contrato de afiliación, es el afiliado el que debe al fondo la realización de sus aportes y que solo hasta que se pensiona se invierten las partes, por lo cual el fondo o los fondos de pensiones no es a quien le compete la carga de la prueba, pues existe una indebida, errónea interpretación del artículo 1604 del código civil, y en este sentido, ruego se aplique el artículo 167 del código general del proceso y en consecuencia dentro del proceso no existe prueba con la cual acreditar vicio alguno. En el presente caso, se torna imposible probar hechos ocurridos para el año de 1995, que fue cuando la demandante tuvo su primer traslado al RAIS, pues han transcurrido aproximadamente 25 años y nadie en está obligado a lo imposible. Respecto al deber de información, el precedente de la Corte Suprema utiliza como norma para la aplicación del deber de información el decreto 663 de 1993, sin embargo, este deber solo se materializó a través de la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015, pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario, sin presiones e informado, por cuanto las leyes que surgieron entre 1993 y 2014, no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo el caso aquí de la actora la cual suscribió el formulario y realizo el respectivo traslado para 1995. Pues imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época, se constituye en una situación de carácter imposible que quebranta la seguridad jurídica y basa las decisiones de los jueces en supuestos.

Por otra parte, considera entonces esta apoderada que no existen elementos de juicio que permitan establecer error o inducción al error como vicio del consentimiento por la deficiencia de la asesoría que aduce la demandante, menos aún el dolo derivado de engaños ante la falta de información para obtener el consentimiento en el traslado, pues por el contrario de lo que se evidencia es que la demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre y voluntaria, y de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su literal B. Por otra parte, nótese que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto el 1 de abril de 1994, no contaba con las 700 semanas de cotización al sistema ni con la edad requerida, de lo cual se puede colegir que no tenía una expectativa real sobre su derecho a la pensión, para poder regresar al régimen de prima media en cualquier momento. Ahora bien, no se trata de aplicar de forma directa e indiscriminada las decisiones de la máxima autoridad de esta especialidad como lo es la corte suprema de justicia para todos los casos, sino que por el contrario debe analizarse si en la presunta falta de información produce un efecto cierto y adverso como lo es perder el régimen de transición pensional, o bien se trata de una situación donde el afiliado, como lo es el caso, una vez no puede trasladarse de régimen y por no hallarse de acuerdo con la mesada pensional, encuentra en esta clase de acciones la oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido, el buscar ignorar las normas que regulan en forma clara los términos y oportunidades en que debe surtirse la movilidad entre regímenes. Siendo claro que este último escenario no es el objeto de protección ni el alcance de las decisiones de la corte suprema de justicia, toda vez que tal proceder termina por socavar los principios fundamentales sobre los cuales se erige todo el sistema general de seguridad social, como lo es la autonomía en la voluntad del afiliado y la libre elección de régimen pensional. Además, es de tener en cuenta que una persona que no ha estado afiliada por más de 20 años al régimen de prima media, pretenda que ahora el sistema sea solidario y quiera beneficiarse de aportes que no ha realizado, pues esto pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de las personas que por el contrario siempre han cotizado al mismo. De manera subsidiaria, solicito al honorable tribunal en caso de no acogerse a los argumentos expuestos por esta apoderada y en consecuencia la sala confirme la providencia objeto de alzada y sin que de ninguna manera se entienda reconocida las pretensiones, solicito se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensiones y gastos de administración y los demás a los que hubiere lugar, debidamente indexados por el periodo en el que permaneció afiliada a los fondos privado, comoquiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto las AFP reintegren los recursos y actualicen los datos de la demandante en la respetiva base de datos, de igual forma, solicito al honorable tribunal no condenar en costas a mi representada, toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre 2 partes ajenas a Colpensiones.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora ANA BENAVIDES, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Colfondos S.A., el 28 de julio de 1995, a través de Colfondos S.A., como se verifica de copia del mismo, visible a folio 117 del plenario, allegado por la demandada en mención.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que se alega tal consecuencia 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 y contario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso y 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 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 de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Ana Benavides, 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 la demandada Colfondos S.A., 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 lo desfavorable, es por ello que no se puede predicar que dicho traslado de régimen, haya sido libre y voluntario, pues la demandante, no conocía las consecuencias del mismo.

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.° 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.°, 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.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 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)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la Colpensiones, en su argumento según el cual, el deber de información en los términos bajo estudio sólo fue exigible a partir del año 2014; 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 Colfondos S.A., probar el suministro de dicha información a la señora Ana, desde la fecha de su afiliación a dicha administradora en el año de 1995.

De igual manera, conforme al pronunciamiento antes transcrito y contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso y alegaciones; la sola suscripción de los formularios de afiliación por parte de la actora a Colfondos y Protección, no permite concluir que se le hubiera brindado a la señora Ana, toda la información referente a su traslado pensional previo a suscribir dichos formulario de afiliación, máxime cuando de ellos sólo se desprenden los datos personales de esta y ningún dato relevante a su situación pensional.

Es así como en estos casos, tampoco le asiste razón a la entidad en mención ya que no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien se invocó tal circunstancia, de igual forma, la parte actora alegó la nulidad del traslado bajo estudio, por omisión en el deber de información por parte de la AFP a la cual se afilió; razón por la cual, este tipo de acción, se reitera, 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 de que la demandante al momento de su traslado, no era beneficiaria del régimen de transición o no contaba con expectativa pensional legítima, ello 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 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.

De igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Protección S.A. y Colfondos S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, no pudiéndose exonerar a Colfondos S.A., de la condena en costas impuestas a su cargo, ya que fue vencida durante el trámite procesal, al determinarse que omitió el deber de información en el acto de traslado de la demandante que promovió para el año de 1995, habiendo lugar a ser condenada en costas en los términos del artículo 365 del CGP.

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 1995**, resulta forzoso como lo indica la parte demandante en sus alegaciones, concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, se itera, no se puede considerar libre y voluntario como lo manifiesta Colpensiones en su recurso; de igual forma procede señalar a esta última que el ajuste de la historia laboral de la actora, lo debe realizar una vez los fondos demandados realicen a su favor el traslado de aportes y gastos de administración ordenados, los que no pueden ser

objeto de indexación en tanto se trasladan junto con rendimientos, cubriéndose así la perdida del valor adquisitivo de la moneda.

Por el análisis efectuado, se impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de traslado en los términos de la sentencia de primer grado. 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, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

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: 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 artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

EN USO DE PERMISO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 15 2019 215 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ADRIANA GIRALDO LÓPEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

Al conocer de la sentencia de fecha 14 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la demandada PORVENIR S.A. y dando aplicación al Grado Jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de la parte actora y demandada PORVENIR S.A., presentaron sus alegatos de conclusión.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se declare la nulidad del traslado del régimen re4alizado por la parte actora, que como consecuencia de lo anterior, se declare para todos los efectos legales que siempre ha permanecido afiliada a COLPENSIONES. Que se ordene el traslado de la totalidad de los aportes a COLPENSIONES, que condene en costas a las demandas y en uso de las facultades extra y ultra petita. (fl.- 3)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 21 de octubre de 1.996 y estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida entre el 18 de marzo de 1.987 hasta el 01 de abril de 1.995, para un total de 209 semanas.
- Que se trasladó a PORVENIR S.A., el 31 de marzo de 1.995.
- Que al momento de la afiliación no se le brindó la información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado y la forma en la que el mismo impactaría en su mesada pensional.
- Que el 26 de septiembre de 2018, elevó derecho de petición solicitando documentos.
- Que ha solicitado la nulidad del traslado a las demandadas.
- Que la AFP no hace entrega de ningún soporte documental que acredite haber brindado una asesoría completa e integral a la actora. (fl.-3-4)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 2 a 5 y 22 a 24, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación. (fl. 58-64).

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.,** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales2, 5, 11 a 13, 16, 17, 19 y 21, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe. (fl. 96-111).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 14 de julio de 2020, resolvió:

1. *Declarar ineficaz la afiliación efectuada por la señora demandante Adriana Giraldo López, el día 31 de marzo de 1995, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, a través de la administradora horizonte, hoy representada por porvenir, e igualmente los traslados horizontales que hizo la demandante en el régimen de ahorro individual, y como consecuencia de lo anterior entonces ordenar al fondo porvenir en donde actualmente se encuentra afiliada la señora demandante, traslade los recursos, sumas que obran en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida a través de la administradora Colpensiones. A esta administradora entonces que reactive la afiliación de la señora demandante, reciba esos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas al régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos, como si nunca se hubiera trasladado al rais, de acuerdo con esta declaratoria de ineficacia y conforme lo expuesto en la parte motiva;*
2. *Sin costas en contra o a favor de ninguna de las partes;*
3. *Si la presente providencia no fuere impugnada, y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones, lo dispuesto en el artículo 69 del código procesal del trabajo y la seguridad social, remítase las diligencias al superior para que si el magistrado que corresponda por reparto lo considera procedente, la resuelva o revise en el grado jurisdiccional de consulta.*

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando en primer lugar y sobre la legalidad que debe cumplir el proceso de afiliación que el afiliado solo puede trasladarse de régimen pensional, cada 3 años, por lo que, la primera afiliación que realizó la parte actora, es ineficaz, como quiera que no se superó el tiempo que establecía la norma en dicha época, ya que la ley 100 de 1.993, inició el 1 de abril de 1.994 y la afiliación realizada a

PORVENIR, lo fue para el 31 de marzo de 1.995, por lo que en principio la afiliación realizada por el actor sería nula.

Además de lo anterior, indicó que el deber de información, se había explicado en línea jurisprudencial proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señalando que la carga probatoria respecto de la información que debía darse al afiliado, le correspondía a la Administradora Pensional, que si bien dichos pronunciamientos estudiaban casos de personas beneficiarias del régimen de transición, también se había indicado que se debía estudiar cada caso particular a efectos de determinar si había lugar a declarar la nulidad de traslado por falta de información, con independencia de si el afiliado o no era beneficiario del régimen de transición.

Afirmó que, le correspondía a la entidad demandada acreditar que había cumplido con el deber del buen consejo e información al respecto, que el formulario de afiliación no demostraba que la asesoría brindada fuera de manera integral como lo señalaban los principios del sistema de seguridad social, habiendo lugar a declarar la nulidad del traslado efectuado por la actora.

Declaró no probada la excepción de prescripción señalando que la acción recaía sobre los derechos de naturaleza pensional, siendo estos imprescriptibles.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada PORVENIR, interpuso recurso de apelación señalando:

> *"Gracias, señor juez, siendo la oportunidad procesal pertinente, interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho, con propósito de que el honorable tribunal superior de Bogotá revoque la sentencia en su totalidad y sustento el recurso en los siguientes términos: no comparte mi representada las consideraciones del despacho, según las cuales la afiliación que realizó la demandante el 31 de marzo de 1995 a través de la afp horizonte es ilegal, por considerar por parte del despacho, que debía cumplirse unos tiempos mínimos de permanencia a partir del 1 de abril de*

1994, contrario a lo que considera el despacho, mi representada considera que a partir del 1 de abril de 1994, los afiliados al sistema general de pensiones tenían la facultad de elegir el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, en este caso, la demandante provenía, ya venía con afiliación durante muchos años con el instituto de seguros sociales, y en esa medida estaba totalmente facultada a partir del 1 de abril de 1994 para trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, y a partir de dicha elección debía cumplir los términos de permanencia que estableció la ley 100 de 1993, entonces en esa medida considera mi representada que la afiliación efectuada el 31 de marzo de 1995 a través de horizonte al régimen de ahorro individual con solidaridad, es totalmente valida. En lo que tiene que ver con la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, debe indicarse que mi representada tampoco comparte los argumentos expuestos por el despacho, y en tal sentido, debe manifestar lo siguiente: contrario a lo que se indica en este caso, debe tenerse en cuenta las circunstancias propias del momento de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad. Para el año 1995, cuando la demandante hace el traslado es claro que no existían las obligaciones de información que hoy se están exigiendo a las afp, en este caso, no había una información en los términos en que se exige, la ley no lo consagró y esto solo vino a ser objeto de desarrollo a través de la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, sin embargo considera mi representada que no hay lugar a exigir a las afp unas obligaciones que no existían para el momento en que se hizo efectivo el traslado, debe tenerse en cuenta que el decreto 3466 de 1982 solamente estableció la obligación de información veraz y suficiente, con el decreto 663 de 1993 se señaló que había que brindar a los usuarios información necesaria para lograr la transparencia y la ley 100 de 1993, a través del artículo 13, lo único que señala es que la selección debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado, quien debe manifestar dicha voluntad por escrito. Pero esta disposición legal únicamente aludió a la manifestación de elección de régimen y de ninguna manera fijó en cabeza de las administradoras ninguna carga en materia de información, tampoco lo hicieron las normas reglamentarias de la ley 100 de 1993, y en esa medida pues no puede crearse a mi representada una obligación distinta a la que estaba vigente para dicha época. Es mas, del interrogatorio de parte se puede establecer que horizonte si cumplió con las obligaciones que tenía vigentes para dicha época de acuerdo con la ley, pues la misma demandante señala que ella tuvo una asesoría de manera individual con un asesor de horizonte al momento de la afiliación, que le indicaron que sus aportes en el rais iban a tener mayor rentabilidad, que tenía mayores garantías respecto al derecho a su pensión, y que con base en esta información y con el fin de salvaguardar sus aportes en pensión ante las dificultades que venía atravesando el instituto de seguros sociales es que ella decide pasarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, es decir, que si está acreditada la obligación que estaba vigente para dicha época por parte de las administradoras y si se cumplió con la carga de la prueba a través de la confesión obtenida en el interrogatorio de parte. Aunado a ello, la voluntad de la demandante de permanecer en el rais se encuentra convalidada con los distintos traslados que hizo la demandante entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como lo confesó la demandante en el interrogatorio de parte y tal como está acreditado con los documentos que obran en el expediente. Aunado a ello, debe tenerse en cuenta además que obra en el plenario el formulario de afiliación de la demandante a la afp horizonte y que como ella lo confesó en el interrogatorio de parte, fue una manifestación libre y voluntaria sin ningún tipo de presión, y esta manifestación no puede ser considerada como, a juicio de esta apoderada, se

hizo por parte del despacho, como un mero requisito formal o una mera manifestación simple sin ningún tipo de consecuencia, pues primero correspondió a una exigencia de carácter normativo y además ello es una expresión inequívoca de la voluntad de la demandante de hacer el traslado de régimen pensional. Es claro en este caso que lo que motiva la demandante a retornar a Colpensiones no es de ninguna manera falta de información al momento de traslado de régimen pensional, pues está claro con el interrogatorio que ella si recibió asesoría. Lo que motiva a la demandante en este caso a retornar al régimen de prima media es el valor de su mesada pensional. Y en ese aspecto, no puede pasarse por alto tampoco el tiempo de permanencia de la demandante en el rais, lleva mas de 20 años afiliada y bajo las características propias de este régimen es que ha configurado su derecho o sus requisitos a una eventual pensión. Y el hecho de que la demandante tenga una motivación de naturaleza económica, porque el valor de su pensión pueda ser superior en el régimen de prima media al que eventualmente pueda tener en el régimen de ahorro individual, no es suficiente para declarar la ineficacia del régimen ni tampoco puede ser considerado como prueba de un perjuicio, pues son claras las características de uno y otro régimen y a esta se acogió la demandante al momento de su traslado. Por lo tanto, tal circunstancia no puede conllevar, contrario a lo que considera el despacho, a el traslado de régimen pensional. Aunado a lo anterior, considera mi representada que en este caso, el fallador impuso en la administradora toda la responsabilidad sobre el deber de información acerca de las consecuencias del cambio de régimen de pensiones, y pasó por alto que además la demandante como consumidor financiero también tiene unas obligaciones propias para conocer las implicaciones de las decisiones que está tomando al hacer un traslado. Esto en virtud del principio de guarda que también asiste en este tipo de relaciones de carácter administrativo, como lo es la que existe entre la afiliada y la administradora. Ahora, contrario a lo que señala el despacho, mi representada considera que no existe ninguna norma que establezca la ineficacia del traslado de régimen de pensiones, y en esa medida ante la ausencia de norma legal, pues no hay lugar a tomar una decisión en tal sentido. El numeral E del artículo 13 de la ley 100, no consagra tal consecuencia ni tal figura ante la falta de información o una eventual omisión, tan es así que la norma no establecía el deber de información en los términos en que se está imponiendo a mi representada, e incluso el artículo 271 de la ley 100 tampoco lo consagra. Entonces, en esa medida considera esta apoderada que no existe ninguna norma que así lo establezca. En esos términos, es claro que no se cumplen los presupuestos, que no existe norma que de lugar como tal a la declaración en tal sentido y que mi representada no se le pueden exigir situaciones distintas a las que estaban vigentes para el momento propio en que la demandante hizo el traslado de régimen pensional. Por estas razones, respetuosamente se solicita al honorable tribunal analizar en su integridad los argumentos expuestos, reiterar que una eventual omisión o deficiencia en la información tampoco daría lugar a una ineficacia, tal como se indicó en este caso, e incluso téngase en cuenta los argumentos que expone el despacho para efectos de absolver a mi representada de condena en costas, y es que es claro que el despacho también acepta que para el momento en que se produce el cambio de régimen pensional, pues no había una obligación de información con la que se está exigiendo en este momento, entonces el despacho también al momento de absolver a mi representada de costas, acoge los argumentos que expone esta apoderada dentro del recurso de apelación. Por esas razones solicito al tribunal revocar la sentencia y condenar en costas a la parte actora. En estos términos dejo sustentado el recurso, muchas gracias señor juez.

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos en el recurso interpuesto por la demandada PORVENIR S.A., procede la Sala a establecer si existió la nulidad o ineficacia de la afiliación deprecada por la actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora ADRIANA GIRALDO LÓPEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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 donde 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, contrario a lo señalado por las apelantes, 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; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

> *"Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro".*

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que 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; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

Aunado a lo anterior, en el presente proceso, la parte demandada únicamente allegó al proceso el formulario de afiliación suscrito por la actora, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que en influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de

las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: 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.

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

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. 15-2017-0303-02

ASUNTO: CONSULTA

DEMANDANTE: OMAR ANTONIO ROMERO

DEMANDADO: COOPERATIVA DE SERVICIOS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD SOCIAL – COOSERVITEC CTA

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

En grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 10 de febrero de 2020.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor Omar Antonio Romero por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con la demandada a partir del día 25 de noviembre de 1999 mediante el cual desempeñó el cargo de vigilante de manera personal; que se declare que el último salario devengado ascendió a la suma de $1.288.700, bajo continua subordinación de la demandada; que tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios por todo el tiempo laborado hasta el 12 de febrero de 2015 en cuantía de $13.312.940, así también, por concepto de vacaciones por $6.656.470, cesantías en $13.312.940, intereses a las cesantías $1.576.508, aportes al sistema de seguridad social en $6.484752 e indemnización por la no consignación de cesantías.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, suscribió con la demandada contrato de trabajo "asociado" para prestar sus servicios de vigilante de manera personal, en cumplimiento de órdenes de la CTA, entre el 25 de noviembre de 1999 y el día 12 de febrero de 2015, hasta cuando el demandante decidió renunciar al considerar "incumplimientos" y desconocimiento de los estatutos por parte de la demandada, particularmente en lo que referente a los descansos; que no le pagaron las prestaciones sociales reclamadas y vacaciones, y que los aportes al Sistema de Seguridad Social se hicieron desconociendo el salario real devengado por el actor y que prestó el servicio de manera personal en turnos de 12 y 24 horas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda sin oponerse a las pretensiones declarativas enlistadas en los numerales 1, 2, 3 y 6, oponiéndose a las demás junto con las de condena enumeradas 8 a 13. En cuanto a los hechos aceptó el 1, 4, 5, 6, 7, 9, 10, y negó los demás, negando la existencia de una relación de trabajo al existir un vínculo regido por la Ley 79 de 1988. Como excepciones formuló de mérito las que denominó prescripción, ausencia de requisitos contractuales, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, inexistencia de causa y falta de legitimación en la causa por pasiva.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento ABSOLVIÓ a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda e impuso costas a cargo de la demandante en cuantía de $877.803.

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

> "En primer lugar debemos tener en cuenta los presupuestos normativos teniendo en cuenta el vínculo del demandante lo dispuesto en la ley 79 de 1988 y sus decretos reglamentarios que regulan este tema del trabajo mediante cooperativas de trabajo asociado especialmente el contenido de los artículos 57 a 60 de dicha ley, Asimismo la ley décima de 1991 el decreto 4588 de 2006, para indicar que la prestación de un servicio a través de una cooperativa es parte de la jurisprudencia se han presentado diferentes posiciones pero que especialmente la Corte Constitucional en la sentencia 211 de 2001 declaró constitucional la ley 79 de 1988, aceptó el régimen jurídico contenido en ella, igualmente la Corte Suprema de Justicia entre otras providencias en la sentencia SL1430 de 2018, SL 6441 de 2015, ha considerado bajo unas circunstancias especiales que estos servicios especiales prestados a través de una denominada cooperativa de trabajo asociado se ha utilizado como una forma de desconocer los derechos de los trabajadores, dice la corte que no desconoce que el

trabajo autogestionario constituye una legal e importante forma de paralela a los vínculos subordinados pero dicha forma de contratación no puede ser utilizada de forma fraudulenta para ocultar la existencia de una verdadera relación de trabajo subordinada que fue lo que ocurrió en el caso, por último debemos tener en cuenta entonces dado como lo plantea litigio la parte actora del desconocimiento que él prestó el servicio y la Constitución o existencia del verdadero contrato de trabajo conforme lo dispuesto en los artículos 22 a 24 del código sustantivo del trabajo para terminar analizando las pruebas que obran en el plenario para concluir si efectivamente en el presente asunto se configuran los elementos de un verdadero contrato de trabajo, especialmente sobre el artículo 24 las cargas probatorias que corresponden frente a un problema jurídico como este en la declaratoria de un contrato de trabajo, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en este sentido por ejemplo en la sentencia SL10546 de 2014; que dentro del presente proceso en las pruebas vemos el señor demandante desde el año 1999 y conforme consta a Folio 14 que también lo allegó la parte actora celebró un contrato de trabajo asociativo sin que se observe y tal como indicó la testigo de la parte demandada, no hay conformidad alguna por parte del demandante en el sentido de desconocer ese contrato de trabajo asociado, a folio 16 obra certificación expedida por la cooperativa en la cual se dice que el actor fue asociado como vigilante desde el 25 de noviembre de 1999 y hasta el 12 de febrero de 2015, que también obran el plenario la respuesta que se le brindó al demandante en su momento frente a las pretensiones que aquí nos ocupan, respuesta que obra a Folio 22 y 23 del plenario a folios siguientes obran extractos de cuenta de los que se observa que se hicieron pagos en virtud del acuerdo cooperativo al dte; que a Folio 113 están los estatutos de la demandada, que a Folio 149 y siguientes acuerdo 01 y 02 que modifican estos estatutos y su aprobación por parte del Ministerio de la protección social, que apoyó 137 está la manifestación de voluntad del demandante de ingresar a la cooperativa como asociado, a Folio 182 la capacitación que se dio al actor sobre trabajo asociativo, a folios 187 a 190 la afiliación del demandante como asociado a cada uno de los regímenes del sistema de Seguridad Social, que a partir del folio 191 obran comprobantes de pago del 2012 al 2015 de estos aportes a la Seguridad Social que por último a Folio 201 vemos el comprobante de devolución de aporte a favor del demandante en la suma de $11.606.800, así también el comprobante del pago de la última compensación anual o descanso que son las vacaciones en el régimen de los trabajadores; a Folio 202 está la carta de renuncia del demandante por medio de la cual éste señala que presenta su retiro voluntario al cargo de vigilante a partir del día 12 de febrero de 2015, en la que se dice que entrega diferentes prendas o dotación, a folio 203 y siguientes hay diferentes comprobantes de pago como asociado en las que le pagan vacaciones, primas, compensación semestral bajo el régimen cooperativo entre otros conceptos con el correspondiente recibido; entonces debe tenerse en cuenta que no obstante cómo se advirtió por parte de la corte suprema de justicia considerado un gran número de situaciones en las que se discute el vínculo de una persona como trabajadora asociada que se considera como un verdadero contrato de trabajo, pues la corte ha indicado y ha establecido el parámetro jurisprudencial que esto aplica frente a la utilización de esta figura legal y que la corte constitucional la declaró ajustada a derecho como mecanismo forma de desconocer los derechos laborales no frente a las cooperativas que funcionan bajo su régimen especial y respetando las condiciones o características qué implica esta manera de ser asociado, en el presente asunto debemos tener en cuenta que si bien se encuentra acreditado en la prestación personal del servicio con la certificación que llegó a la parte actora y con la confesión por parte de la demandada qué haría operar la presunción establecida en el artículo 24 del código sustantivo del trabajo, vemos que la parte demandada cumplió con la carga

probatoria de desvirtuar esta presunción dado que el demandante o trabajador sin que haya ningún vicio en el consentimiento se afilió como asociado desde el año 1999 y hasta el año 2015 sin que se observe ninguna manifestación cerca de 16 años sin que haya manifestado alguna coacción frente a esa decisión de afiliarse voluntariamente como asociado; es decir, que estuvo de acuerdo durante todo este tiempo que prestó su servicio bajo esta modalidad; que en este caso particular la cooperativa ha tenido todas las aprobaciones, ha cumplido con todos los requerimientos de orden legal para su funcionamiento, de la misma manera el régimen corporativo pagándole las compensaciones que tiene dicho régimen en forma especial y particular al señor demandante, que incluso, bajo la consideración digamos de, apartarnos de estos planteamientos sin reconocer un verdadero contrato de trabajo, lo cierto es que, lo procedente también es absolver a la parte demandada de cualquier condena, pues No obstante que declararíamos un verdadero contrato de trabajo, lo cierto es que, las acreencias laborales que se manejan bajo el código sustantivo del trabajo, no obstante su nombre diferente corresponden al mismo concepto que se maneja en el sector cooperativo, siendo improcedente condenar dos veces por el mismo concepto así se llame diferente, es decir que al demandante se le pagó compensación anual y no podría condenarse a cesantías, ni podría condenarse a vacaciones siendo que se le ha pagado la compensación semestral; considera este titular que conforme lo considera la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en este caso, la cooperativa se allanó a las preceptivas del acuerdo cooperativo, vemos que es el efecto a los correspondientes descuentos, aportes, que como carga de la prueba que le correspondía a la demandada la testigo también mencionó que el actor era trabajador asociado, que ella le hizo su liquidación y que ahí está el comprobante de pago de devolución de aportes, es decir, quien no se observa ninguna situación, que es lo que cuestiona la Corte Suprema de Justicia, de desconocer los derechos laborales del trabajador, como una forma de burlar estos derechos, que simplemente fue una forma de obtener unos ingresos, que el señor trabajara respetando esta preceptiva legal contenida en esta ley que la corte la ha declarado ajustada a derecho, es decir, no es ilegal prestar un servicio a través de una cooperativa de trabajo asociado, siempre y cuando que respeten las condiciones; que se le pagó aportes a la Seguridad Social, es decir, en términos generales, observó que la cooperativa se allanó y cumplió con todos los requisitos del trabajo asociado bajo las características particulares, adicionalmente, dada la situación de contumacia de la parte actora, vemos que se le declaró confeso de los hechos susceptibles de confesión en la contestación de demanda, es decir, la afirmación de la parte demandada en el sentido que estuvo regido y prestó sus servicios mediante un convenio de asociación, es decir, no se logra acreditar el elemento de subordinación por la parte actora, y frente a la presunción del artículo 24 lo desvirtúa la parte demandada con la testigo que nos trajo, y con las documentales con las que se evidencia que el actor evidentemente acepto modalidad de prestación de un servicio, se le pagaron todos sus derechos incluso, en el ámbito laboral, reiteró, corresponderían a los mismos con denominación diferente; entonces, bajo esas consideraciones lo procedente es absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en la presente acción en la medida que no se acreditó como lo pretendía la parte actora, que existiera aquí un verdadero contrato de trabajo, y lo que ocurrió o existió fue un convenio asociativo entre las partes, como en efecto se dijo para el período comprendido entre el 25 de noviembre de 1999 y el 12 de febrero del año 2015, que al no demostrarse la existencia de un contrato de trabajo por ende, las pretensiones condenatorias también será absuelto; vemos que hay una contradicción entre las pretensiones y los hechos de la demanda y en la medida que, con la pretensión diera a entender la parte actora estos derechos laborales, mientras que en los hechos

pareciera, según lo que se evidenció, que pretendiera una reliquidación frente a un salario diferente al que considera se le hicieron estos pagos, sin embargo, conforme la carga de la prueba que él tenía, la parte actora debe mostrarle al juzgador, de acuerdo con el artículo 167 del código general del proceso, el salario que corresponde, no el que le tuvieron en cuenta, entonces en este aspecto vemos, que por confesión qué hace la parte demandada es el salario del que realmente se le tuvo en cuenta el que devengaba sin que haya cumplido la carga de la prueba a la parte actora para demostrar cuál es el salario superior del que se le dejó de pagar estos valores. Costas a cargo de la parte actora, se declaran probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por esta parte demandada. Que la parte actora incurre en unas imprecisiones o mentiras frente a lo que está acreditada probatoriamente, por ejemplo, no es cierto, cuando manifiesta que el señor se vio obligado a presentar una renuncia por el incumplimiento presunto de la demandada, por el contrario, fue una renuncia voluntaria, y agradece el servicio y la oportunidad de poder haber generado unos ingresos para su sustento y el de su familia por estos 16 años que le sirvió a la cooperativa, es decir, es falso eso que dicen los hechos que pre obligado o por lo menos, no lo acreditó probatoriamente, por el contrario, hay una carta dónde dice todo lo contrario en la que agradece y se retira voluntariamente, aspecto que es una conducta procesal reprochable de la parte actora al decir situaciones que no se encuentran acreditas probatoriamente.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el grado de jurisdicción de consulta de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 A del C.P.T. y de la S.S., modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

En el presente caso se pretende la declaración de un contrato de trabajo entre el demandante y la Cooperativa de Trabajo Asociado COOSERVITEC CTA, y que, como consecuencia de lo anterior, ésta sea condenada a pagar prestaciones sociales y las correspondientes indemnizatorias a que haya lugar.

Lo anterior, plantea la discusión sobre la regulación de los contratos de trabajo que eventualmente, le está permitido a las CTA suscribir con determinados trabajadores en calidad de dependientes de éstas, o bajo una plena subordinación, situación que emerge como una excepción al trabajo

asociado, tal como lo establece el artículo 15 del Decreto 4588 de 2006:

> *Artículo 15. Excepciones al trabajo asociado. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán vincular personas naturales no asociadas, salvo que se presente uno de los siguientes eventos:*
>
> 1. *Para los trabajos ocasionales o accidentales referidos a labores distintas de las actividades normales y permanentes de la Cooperativa.*
> 2. *Para reemplazar temporalmente al asociado que conforme a los estatutos o al Régimen de Trabajo Asociado, se encuentre imposibilitado para prestar su servicio, siempre que la labor sea indispensable para el cumplimiento del objeto social de la Cooperativa.*
> 3. *Para vincular personal técnico especializado, que resulte indispensable para el cumplimiento de un proyecto o un programa dentro del objeto social de la Cooperativa, que no exista dentro de los trabajadores asociados y que no desee vincularse como asociado a la cooperativa.*

Teniendo en cuenta lo anterior, nótese que el demandante pretende a su vez la declaración de que el cargo desempeñado fue el de vigilante, con fundamento en que la labor la ejercía de manera personal y directa a favor de la CTA demandada, circunstancias que, puestas de presente por el mismo actor, le excluye la posibilidad que la convocada pudiese vincularlo por medio de una relación de naturaleza diferente a la de asociado, calidad ésta, que, dicho sea de paso, quedó acreditada en el proceso como puede verificarse, por ejemplo, con el certificado de la participación del demandante en la capacitación en educación solidaria con énfasis en trabajo asociado (fl.182).

Ahora bien, el artículo 24 del C.S.T., señala la presunción que, en toda relación de trabajo personal, ésta se rige por un contrato de trabajo, norma respecto de la cual, la Sala de Casación Laboral ha fijado reglas para su interpretación y aplicación, y específicamente ha indicado en varios

pronunciamientos que una vez acreditada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, es posible presumir la subordinación, para que sea el presunto empleador quien deba desvirtuarla probando que las actividades de aquel se prestaron con autonomía e independencia.

En este caso, al revisar el acervo probatorio en conjunto, observa la Sala que el demandante no logró demostrar una calidad distinta a la de trabajador asociado a la CTA demandada en virtud de la Ley 79 de 1988, es decir, que no acreditó la prestación personal del servicio a favor de esta y menos como vigilante, que si eventualmente ejerció esa labor mientras estuvo relacionado con la CTA, lo cierto es que no lo fue al servicio propiamente y en favor de ésta, advirtiendo que brilla por su ausencia la exposición de hechos y menos prueba de ellos, sobre las circunstancias en las que presuntamente prestó sus servicios como vigilante a favor de COOSERVITEC CTA.

Lo anterior, excluye a la demandada de la carga probatoria a fin de desvirtuar la presunción de la subordinación que trae consigo el artículo 24 del C.S.T., por consiguiente, la discusión sobre la existencia del pretendido contrato de trabajo carece de elementos de juicio, ante la orfandad probatoria en tal sentido, lo que de paso tampoco permite que emerjan los elementos de existencia del contrato laboral tal como lo prevé el artículo 23 *ibidem.*

Y es que, ni siquiera fue objeto de debate la eventual prestación del servicio como trabajador asociado a favor de un tercero, o por lo menos, concebir la posibilidad de inferir que, si bien el contrato de trabajo no existió con la CTA aquí demandada, por lo menos si lo fue respecto de otra persona natural o jurídica, de todas maneras, la única convocada al trámite lo fue COOSERVITEC.

Con todo, ante la falta de prosperidad de la pretensión encaminada a la declaración de un contrato de trabajo con la CTA demandada, por ende, tampoco es posible el triunfo de las consecuenciales condenas en lo relacionado con las prestaciones sociales a las que alude en el acápite correspondiente, y menos, en lo pertinente a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

Por todo lo expuesto, se confirmará la sentencia objeto de consulta, conforme lo 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 consultada, 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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Departamento de Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Bogotá

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No.13-2018-676-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: JOAQUIN ROA MORALES
DEMANDADO: INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A INDEGA S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En la ciudad de Bogotá, D.C., 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,

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recepcionaron por vía correo electrónico, los alegatos de la parte demandada.

SENTENCIA

El señor **JOAQUIN ROA MORALES**, actuando por intermedio de apoderado judicial demandó a **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. INDEGA S.A.**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario de primera instancia, se le condene a cumplir el laudo proferido en agosto de 2017, a que aplique la

convención según lo ordena el laudo, que se ordene nivelación salarial a partir del 30 de abril de 2013, que se ordene el pago del salario básico, reliquidación de prestaciones, vacaciones, intereses a las cesantías, reajuste del 3.5% del salario, del 4.45 % de salarios y primas, sanción moratoria, costas. (fls 2 al 16).
Como fundamento de las pretensiones afirma que se vinculó en la empresa el 3 de junio de 1992, en le cargo analista equipo frio, que devenga un salario de $2.191.000, que el señor Mauricio Sotelo Medina desempeña el mismo cargo y devenga un salario de $ 6.100.000, que el 30 de abril de 2013, la empresa le asignó al actor las mismas funciones del señor Sotelo Medina, que el demandante es afiliado a la organización sindical, que existe en la empresa un laudo que ordena aplicar la convención colectiva, que no ha pagado los incrementos salariales. (fls2 al 16 y 38 al 54).

C O N T E S T A C I Ó N D E L A D E M A N D A

La demandada contestó la demanda, a través de apoderada la cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda asegurando que existen factores objetivos que justifican la diferencia salarial, que solo existe una convención a la que se adhirió Sinaltrapacol, según acta extraconvencional suscrita el 19 de diciembre de 2018, a la que se ha dado cumplimiento, En cuanto a los hechos fueron negados en su mayoría, excepto en el relativo al cargo y afiliación del actor al sindicato Sinaltrapacol, con aclaraciones en cuanto a la vigencia de la convención para esa organización sindical para el año 2010. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de discriminación por parte de Indega, improcedencia de la reliquidación solicitada, no se adeuda suma alguna al demandante, prescripción, compensación, buena fe. (fls 82 a 101).

D E C I S I O N D E P R I M E R A I N S T A N C I A

Tramitada la primera instancia, la Juez Trece Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, calendada el veintiocho (28) de agosto dos mil veinte (2020), por la que resolvió ABSOLVER a la demandada de todos y cada una de las pretensiones de la demanda, declarar probada las excepciones de cobro de lo

no debido, e inexistencia de la discriminación, condenando en costas a la parte actora. (fls 167 y siguientes).

Para llegar a esa conclusión en síntesis afirmó la Juez: "….*Se considera necesario hacer un bosquejo de la figura jurídica de nivelación salarial, pues esta ocupa el núcleo del proceso y con base en estas consideraciones se adoptarán los elementos que permitan tomar una decisión de fondo frente al caso en concreto. En principio debe decirse que la nivelación salarial se ve reflejada en la castiza expresión de a trabajo igual salario igual, lo que implica la observancia de los referentes constitucionales contenidos en los artículos 13, 25 y 53 como marco constitucional orientador de aquella máxima, se itera del principio de a trabajo igual salario igual, sin embargo de la aplicación de esta regla no es tan elemental como parece, en los siguientes términos se ha referido la doctrina ante el mencionado principio, ello conforme el compendio teórico practico del derecho del trabajo de Eduardo López Villegas "No por la simplicidad de cómo se anuncia el aforismo la tesis de la igualdad resulta igualmente sutil, pues la norma los contempla en lo que señala como trabajo desempeñado impuesto, igual jornada y condiciones de eficiencia también iguales, lo que hace la diferencia, la diferencia o el problema estriba de distinguir las calidades y cualidades objetivas y jurídicas entre quienes son iguales, porque entre desiguales no se presenta el problema de igualdad, entonces delante de un mismo cargo se impone determinar si las personas que lo ocupan tienen la misma antigüedad o experiencia, capacitación, estudio, especialidades y además condiciones que jurídicamente hacen la distinción delante de las diferencias objetivas". En vista de esto el artículo 143 del código sustantivo del trabajo consagró esta regla admitiendo que son legítimas las distinciones cuando obedezcan a factores objetivos de producción así articulo 143 a trabajo de igual valor salario igual. Primero, a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales debe corresponder el salario igual comprendido en este todos los elementos a que refiere el artículo127. Segundo, no pueden establecerse diferencias de salario por razones de edad, genero, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales. Tercero, todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.* ***En estas palabras es indispensable establecer que el cargo del trabajador que reclama la igualdad debe ser el mismo del otro trabajador sobre el cual se funda el trato desigual.*** *Evidenciada esta situación se aplica la presunción de que trata la norma en cita, ya que es apenas lógico que la máxima no se puede aplicar a un trabajador respecto de su superior, desde luego esta postura tiene su cuna en la jurisprudencia de máximo órgano de cierre de esta especialidad así como lo ha dicho la sala de la corte suprema de justicia en sentencia SL 16063 de 2017. (cita la sentencia). Bajo las circunstancias puntuales del caso bajo estudio el demandante inicialmente aduce que su cargo es igual que al de los demás trabajadores referenciados, esto para encajar en el supuesto de hecho del artículo 143 del código sustantivo del trabajo aunque lo cierto es, que su dicho no puede acreditar cual es el cargo de los señores Mauricio Sotelo Medina y Jorge Enrique Torres Pardo, lo que si pueden hacer las certificaciones aportadas por el empleador quien es quien ha destinado los cargos de cada uno de los trabajadores en referencia, más bien lo que arguye el trabajador aquí demandante señor Joaquín Roa Morales es que sus funciones son idénticas a las de los otros dos cargos por lo que pide la nivelación salarial. Es por ello que se precisa sentar que para este evento también aplica la nivelación salarial, solo que en este caso el trabajador debe probar que sus funciones son exactamente las mismas a la de los otros cargos tal como se ha visto en otra sentencia SL 4546 de 2018. (cita la sentencia).*

Luego la Juez analizó las pruebas, básicamente las documentales que aportó la parte actora de la litis, entre otras la de folio 26, esto es una certificación del demandante en donde indica su fecha de ingreso 3 de Junio del 92 con el cargo actual de analista frio, contrato a término indefinido y el salario que al menos tenía para el 2014, la de folio 27 de la que dedujo que el señor Fernando Sotelo no tiene el mismo cargo del demandante por lo que se itera que el señor Roa Morales debería haber probado que cumplía idénticas funciones a las del señor Mauricio Sotelo para que se aplicara la

premisa a trabajo igual salario igual. Agregó que los desprendibles de pago no dan fe de las funciones, por lo que analizó con este fin el interrogatorio y los testimonios.

Así las cosas se procedió a analizar el interrogatorio rendido por la pasiva evidenciando el despacho, expresó, que no existió confesión alguna, por el contrario el representante legal de la empresa sostuvo que los trabajadores tenían distintos cargos entre sí porque ***el señor Roa Morales es analista de equipo frio, el señor Sotelo Medina es supervisor de refrigeración y el señor Torres Pardo es analista de refrigeración y mantenimiento;*** *indicó el representante legal que* ***compartían algunas funciones pero que cada cargo tiene sus propias funciones por ejemplo, indicó que el señor Sotelo Medina tenía que recoger los informes de los analistas, mientras que el demandante tenía que recaudar la información para elaborar su propio informe de los clientes que tiene este a cargo así también indicó que el señor Torres Pard.*** *Adicionalmente tiene que hacer mantenimiento de los equipos y revisar los documentos de los equipos, sin perjuicio de lo anterior el despacho al evaluar detalladamente los testimonios de los trabajadores Mauricio Sotelo Medina y Jorge Enrique Torres Pardo, evidencia que estos reflejan o dejan un grueso manto de duda en cuanto a sus aseveraciones, por cuanto como pasa a explicarse, fueron contradictorios en sus dichos. En primer lugar, frente al señor* ***Mauricio Sotelo Medina*** *este describió que el demándate llevaba 20 años en la compañía cuando la verificación que aporta el mismo actor, cuenta que incluso es más antiguo que el testigo o que su antigüedad en la empresa es mayor. Además, narra que el demandante era analista de neveras, cargo que no está certificado por la empresa y denota la falta de claridad sobre la estructura de la empresa y sus cargos. Por otro lado, el señor Mauricio informó que es supervisor pero que también es compañero igual que el demandante e indica que hace lo mismo que el analista sin que se hubiese preguntado algo respecto de sus funciones, en este momento el juzgador de esa época le reclamó acerca de la evidente predisposición sobre su testimonio, seguidamente el testigo señaló que el señor Jorge Torres devenga el mismo monto salarial que el señor Joaquín Roa, lo que no es cierto de conformidad con lo dicho por el mismo demandante y la parte demandada.* ***Al minuto 30:28 el señor Mauricio indicó que no era supervisor después de haber afirmado al inicio del interrogatorio que si ostentaba dicho cargo; en el contrainterrogatorio de este testigo dijo que recibía los informes de los recuperadores al igual que el señor Roa y Torres, sin embargo informó que no trabajaban en la misma planta del señor Roa, por lo que nos explica este despacho de donde proviene la información respecto de las funciones del señor Roa.*** *En concreto este testigo, se itera, el señor Mauricio mostró ser renuente ante las múltiples preguntas efectuadas. Ahora el análisis del testimonio del señor* ***Jorge Enrique Torres Pardo, este indicó que es analista del canal frio hace 22 años hasta hoy por lo cual no se explica el juzgado que el demandante afirme que en el hecho 11 que el señor Torres fue trasladado en el 2013 para ocupar las mismas funciones que el señor Roa****. Al minuto 54 y 55 de la grabación de la audiencia donde se recaudó ese testimonio, es decir en la audiencia que antecede a esta, dicho testigo* ***describió unas funciones sobre las cuales no hay certeza que sean idénticas a las que desempeña el demandante, además señaló que el señor Roa fue trasladado hace 16 años a la sede Norte, y junto con el señor Sotelo permanecieron en la sede Sur, aun así expuso que en razón a sus funciones sostienen un contacto en medio telefónicos y electrónicos, es decir que da fe de las funciones del demandante, no porque vea al demandante ejecutarlas si no por su contacto a través de dichos medios,*** *finalmente el testigo Torres Pardo le manifestó al despacho que el también pretende la nivelación salarial en la cuantía percibida por el señor Sotelo Medina en un proceso que también cursa en este juzgado;* ***situación que le permite a esta juzgadora concluir el porqué de las contradicciones que se reseñaron puesto que se evidencia que estos testigos guardan interés en las resultas de este proceso, toda vez que se ven involucrados en otro de igual o similar identidad.*** *Escuchados estos testigos el valor probatorio que se le asigna a sus dichos es mínimo en sujeción a los reproches anotados y a la cuenta que no dan cualquier tipo de credibilidad que les pudiera atribuirse puesto que existe un interés por lo menos parte del señor Torres Pardo en las resultas de este proceso, además como se indica fueron contradictorios y se puede reflejar un evidente manto de duda en la certeza de*

lo que estos dos informaron al despacho. Por otro lado el día de hoy se recepcionó el testimonio del señor ***Rafael Arnulfo Bernal quien informa que tiene relación con la empresa demandada desde el año 2008*** *y desde esta anualidad hasta Junio del 2014 tenía relación pero a través de una empresa tercera y ya desde el primero de Junio de 2014 hasta la fecha tiene una relación directa, indicó que ha ocupado 3 cargos dentro de la empresa de manera directa estos es desde primero de Junio de 2014* ***como coordinador de refrigeración en la sede de Bogotá sur,*** *desde Enero del 2017 como especialista en la oficina central y desde Noviembre de 2018 como ejecutivo de refrigeración en el territorio centro que comprende toda Bogotá entre otras ciudades, indico que el demandante se desempeña como analista de refrigeración en la sede de Bogotá norte y que desde que lo conoce ha desempeñado este mismo cargo, que si bien es cierto lo conoce desde el 2008 de vista, ya directamente en relación con el cargo que desempeña el demandante tiene que ver desde Noviembre del 2018 desde que el demandante es ejecutivo de refrigeración puesto que* ***es el jefe inmediato del aquí demandante, al indagársele a este testigo por el señor Jorge Enrique dice que él lo conoce desde que fue coordinador de refrigeración, esto es desde el primero de Junio de 2014 porque tenía cargo a los analistas y se le indicó que si el señor Jorge Enrique tiene el mismo cargo del aquí demandante, indicó que no porque el señor Jorge se encarga también del mantenimiento y del tema presupuestal*** *indicó también, que desde Noviembre del 2018 también es jefe directo del señor Jorge y que las funciones de este señor se itera del señor Jorge son diferentes a las del demandante porque el proceso es complejo, frente al señor Mauricio indica también que el señor Mauricio tiene un cargo diferente tanto con el aquí demandante como con el señor Jorge, y que también desde Noviembre de 2018 el deponente señor Rafael Arnulfo Bernal es el jefe directo tanto del aquí demandante como de los señores Jorge Enrique y Mauricio Sotelo,* ***pudiendo constatar así esta juzgadora que el punto de ello al menos desde noviembre 2018 le puede constar lo dicho por este de deponente en cuanto a que los cargos de estas tres personas del aquí demandante, Señor Jorge Enrique y el Señor Mauricio Sotelo son diferentes y que las funciones que cada uno de ellos desempeñan también son diferentes pues incluso ampliamente explicó cuál es el procedimiento que cada uno tiene respecto de las funciones que cumplen,*** *igualmente es importante resaltar por esta juzgadora que se le indagó frente a la justificación que tenía la sociedad demandada para la cual elabora frente a la diferencia salarial de las tres personas en referencia, el demandante, el Señor Jorge Enrique y el Señor Mauricio Sotelo que indicó que pues aparte de la diferencia encargo y funciones también es por cuanto* ***el señor Jorge Enrique fue trasladado de Cáqueza a Bogotá y que se le respetó o se le mantuvo el salario, si bien es cierto el apoderado de la parte actora reprocha este dicho del testigo Rafael Arnulfo, pues porque indica que él tiene conocimiento directo por haber trabajado en oportunidades anteriores para la demandada. pues doctor en audiencia anterior el mismo Señor Jorge aceptó que desde 94 se desempeñaba como vendedor en la sede de Cáqueza cuál se le da credibilidad a este testigo Rafael Arnulfo*** *en su dicho entendiéndose que el Señor Jorge Enrique mantuvo su salario con ocasión del traslado a efectos de no desmejorar su situación, igualmente este recuerda que en audiencia anterior* ***el Señor Mauricio Sotelo indicó que en el 2003 se desempeñó como pre-vendedor en las tiendas hasta abril del 2013 devengando un salario de $4.000.600 y que por reestructuración sacaron a los pre-vendedores y lo pasaron a refrigeración con el mismo salario,*** *por lo cual de lo dicho por este testigo Mauricio también se puede colegir que en efecto el señor Rafael Arnulfo Bernal entregó su testimonio de manera verídica pues éste también confirmó que la superioridad de salario el Señor Mauricio no sólo se justifica por la diferencia del cargo, por la responsabilidad y funciones* ***que este desempeña, sino porque antes se desempeñaba como pre-vendedor y pasó a refrigeración y se le mantuvo su salario pues incluso indico que como pre-vendedor el salario era superior porque devengaba comisiones,*** *en cambio en la parte administrativa simplemente devenga un salario básico por lo cual la empresa para no desmejorar su situación decidió conservar el salario que el señor Mauricio tenía como pre-vendedor,* ***lo cual se itera y no solo se colige del dicho del señor Rafael sino que el mismo testigo Mauricio confirmó o referenció en audiencia anterior.*** *Igualmente no puede desconocer esta juzgadora que el testigo Rafael Arnulfo Bernal es actual y esto desde Noviembre de 2018 jefe directo o inmediato de las tres*

personas en referencia del aquí demandante el Señor Jorge Enrique y el Señor Mauricio Sotelo, por lo cual es evidente que le consta que actividad o qué función desempeña cada uno, si bien es cierto el apoderado de la parte actora pretende desconocer su dicho por cuanto indica que por conocimiento propio sabe que no se manejan así las situaciones doctor eso no, esto carece de prueba y usted no es testigo en el proceso por lo cual pues tampoco esta juzgadora puede confirmar lo dicho por usted en alegatos de conclusión, en tanto que cómo se analizó precedentemente de los señores Jorge Enrique y Mauricio Sotelo fueron bastante contradictorios, en tanto que lo dicho por el señor Arnulfo Bernal guarda coherencia, no solo con las declaraciones sino también con las pruebas documentales obrantes en el plenario en donde se aportaron certificaciones por la pasiva, queda cuenta de que en efecto no sólo la denominación salarial del señor Joaquín Roa Morales, el Señor Mauricio Sotelo Medina y el Señor Jorge Enrique Torres Pardo de estas certificaciones ***no sólo se evidencia que el trasegar histórico de cada uno de ellos es la empresa ha sido diferente, los cargos han sido diferentes y además también se puede corroborar que las funciones que cada uno desempeña son diferentes.***
Con todo lo analizado se concluye que no se logró probar que los diferentes cargos de los trabajadores tuvieran funciones idénticas lo que hace totalmente inoperante en este caso el artículo 143 del código sustantivo de trabajo, en atención a que se evidencia que la diferencia salarial obedece a razones objetivas que atañen los cargos y las funciones de los trabajadores por lo que habrá de absolverse a la demandada de todas las pretensiones, ello por cuánto que indicó la aplicación del artículo 143 del código sustantivo del trabajo no es inmediata o automática sino qué el trato desigual encuentra justificantes de las condiciones laborales relacionadas con la antigüedad y los cargos y las novedades de las transferencias presentadas. *Pero además por cuanto en este proceso no se demostró que el demandante tuviera idénticas funciones que el de los compañeros de trabajo con los que se pretende se nivele su salario.*

Respecto de las pretensiones relacionadas con los ajustes salariales que devienen de las disposiciones convencionales y meramente liberales del empleador se debe recalcar que la parte pasiva informó que se habían efectuado dichos reajustes por lo que operó el desistimiento de las pretensiones 8 a 11 del paginario como ya se había hecho referencia precedentemente, razón por la cual no hay lugar al pronunciamiento de tales pretensiones así como tampoco se coligen que estás procedan. …..frente a las excepciones acorde con la parte motiva de esta sentencia se declaran probada las excepciones de la demanda que la demandada denominó como cobro de lo no debido, inexistencia de discriminación e improcedencia de la reliquidación…..”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación: “… *Me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir, lo hago con fundamento en el artículo 66 del código procesal del trabajo y de la seguridad social advirtiendo que desde luego este despacho desconoció lo señalado en el artículo 60 y 61 del código procesal del trabajo, en concordancia con lo señalado en el artículo 167 del código general del proceso, en el mismo sentido se le olvida al despacho aplicar el artículo 153 de la constitución nacional concordancia con lo establecido en el artículo 143 del código sustantivo del trabajo y el artículo 10 del mismo código sustantivo del trabajo. Sustento el recurso de apelación en lo siguiente, el despacho desestima las pretensiones de la demanda con el argumento de que inicialmente el señor representante legal de la empresa, el señor Carlos Martínez Lozano no aceptó ninguna confesión, su señoría basta mirar las preguntas cuando se le hacen y a cuales respondió que si eran cierto, a cuales preguntas se les hizo las funciones que desarrollaban tanto los trabajadores en referencia como el demandante y manifestó que era cierto, y esa es una confesión, salvo que se le quiera dar una calificación distinta o que el juez quiso evaluarla de manera distinta frente a esas confesiones que manifestó el representante legal; en el mismo sentido, el despacho se apartó, incluso dice que el representante legal de industria nacional de gaseosa demostró o por lo menos dijo que el señor Jorge Enrique Torres Pardo hacia labores de mantenimiento y su señoría en el expediente no está probado eso, en el expediente está probado que el señor Jorge Torres hacía y hace*

todavía funciones netamente administrativas, no se de donde extrae el despacho este tipo de afirmación. En segundo lugar el despacho manifiesta y recoge dentro de las diligencias que hizo el otro juzgador cuando manifestó que el testigo señor Mauricio Sotelo Medina estaba predestinado frente a la declaración, precisamente esa es una de las falencias que cometen los despachos e incluso los titulares de los despachos de la administración de justicia cuando entran a prejuzgar los testimonios cuando todavía ni siquiera están evacuados y si efectivamente el señor Mauricio Sotelo estaba declarando, el despacho ,el titular del despacho no podía prejuzgar
(…)
Reitero de que el despacho y el titular del despacho insisto para mi entender prejuzgó en el entendido que no tenía que manifestar antes de haber escuchado la declaración del testimonio o en su momento entrar a valorar el testimonio de decir que el testigo estaba predispuesto porque así se hizo y así lo recogió usted en la sentencia, entonces su señoría estoy refiriéndome a las consideraciones que tuvo este despacho frente a las declaraciones
(…)
Desde luego mi inconformidad puedo manifestarla desde luego con la altura y de manera respetuosa como lo he hecho y como lo acostumbro a hacer en todos los despachos judiciales, efectivamente podemos decir del despacho ***que no se tuvo en cuenta la declaración de los señores Mauricio Sotelo Medina y el señor Jorge Enrique Torres quienes conocen directamente de los hechos y desde luego hago esta advertencia de que el despacho efectivamente tiene conformidad por completa credibilidad al testimonio el señor Rafael traído por la parte demandada, frente a afirmaciones que son completamente falsas,*** *incluso el testigo Rafel dice que conoce al señor Joaquín Roa Morales desde el año 2008, su señoría para el año 2008 el señor Joaquín Roa Morales estaba despedido, no estaba en las instalaciones de industria nacional de gaseosa, sin embargo el despacho da credibilidad y dice que coincide con lo que dicen los demás testigos como el señor Jorge Enrique Torres y el señor Mauricio, el señor Rafael manifiesta de que ciertos hechos los conoce de oído sin embargo el despacho dice que como coincide con lo que dicen los testigos le da plena credibilidad.*

(…)

lo dicho por el señor Rafael es falso en el sentido en que manifestó a esta audiencia que conocía al señor Joaquín Roa Morales desde el año 2008 pero para esa época del año 2008 el señor Joaquín Roa Morales estaba despedido de la empresa, y dice que lo conoció ahí, salvo de que lo dejaran entrar a la empresa a Joaquín cosa que nunca sucedió, y en el mismo sentido el despacho le da plena credibilidad al señor Rafael en su declaración cuando argumenta que coincide con las cosas que manifiestan

(…)

Efectivamente el despacho le dio credibilidad a la declaración del señor Rafael cuando puede dar fe nada mas de hechos

(…)

los hechos del 2013 no puede dar ninguna credibilidad porque no le constan, sobre algunas circunstancias que manifestó tuvo conocimiento de oído o porque se la comentaron, pero el no tuvo conocimiento directo de los hechos y el despacho creo que se equivoca al valorar la prueba testimonial del señor Rafael, en el mismo sentido ***se probó que efectivamente el señor aquí demandante hace las mismas funciones de los señores Mauricio Sotelo y de Jorge Torres, en que sentido, o como se probaron estas circunstancias, por la declaración que rindieron cada uno de ellos, aquí no existe ninguna contradicción de estos testigos*** *que estuvieron de manera directa a todo lo que se dio en la empresa Industria Nacional de gaseosa, que ellos son los encargados efectivamente de velar, de vigilar y de reportar todos los documentos de la posición de los activos en el mercado, atendiendo que desde luego esta es una estrategia de la empresa para incrementar sus ventas y que a*

raíz de esto ha surgido la necesidad de estos cargos que aquí estamos señalando, ahora decir de que es una causa objetiva de la empresa el haber trasladado al señor

(…)

Venia diciendo que objetivamente no es una causal objetiva de la empresa trasladar al señor Mauricio Sotelo del departamento de ventas al departamento de refrigeración dado que fue una decisión de manera unilateral de la empresa, incluso podríamos decir que hizo abuso de la ius variandi frente al señor Mauricio Sotelo, entonces eso no puede entenderse como una causal objetiva como lo aseveró este despacho, en el mismo sentido tampoco puede considerarse de que no se dio la nivelación salarial teniendo en cuanta la antigüedad de los trabajadores, es bueno mirar el historial de los aquí trabajadores y si no me equivoco el señor Joaquín Roa es el trabajador más antiguo frente a los 3 objetados, con los cuales se le pidió al despacho que se hiciera nivelación salarial. El despacho sustenta esta sentencia en una tesis doctrinaria y da alusión o parece ser que al doctor López Villegas, no su señoría, en estos casos no cabe citar doctrinas por que el ordenamiento jurídico positivo laboral tiene norma expresa para el tema de la nivelación salarial y se le olvidó al despacho aplicar ese principio constitucional señalado en el artículo 53 de la constitución cuando señala que las normas laborales deben

(…)

Reitero, el despacho desconoce desde luego que en nuestro ordenamiento jurídico laboral establece normas para la aplicación de la nivelación salarial o al derecho de a trabajo igual salario igual, de eso podemos referirnos en el artículo 53 de la constitución nacional, que el despacho solamente se limitó en enunciarlo, ***pero no es hacer su desarrollo y su aplicación en el entendido en que la norma del derecho laboral deben aplicarse e interpretarse de la mejor manera o forma que le favorezca al trabajador es un principio constitucional que el despacho desconoció, e****n el mismo sentido reitero que el despacho no valoró todo en conjunto como debía hacerlo y como se lo impone el código procesal del trabajo y el código general del proceso en los artículos anteriormente citados como en el 60, 61 y ultimo 167 del código general del proceso, es decir la prueba testimonial de los señores Mauricio y Jorge Enrique debió valorarse en conjunto y mirar que efectivamente eran las personas que tienen el conocimiento de como se presentan los hechos de esta demanda y como se da la nivelación salarial, es de entender que la empresa demandada ni siquiera logro hacer un asombro de la eficiencia del señor Joaquín Roa Morales frente a los otros dos trabajadores que declararon como referenciados, es decir el despacho simplemente acoge la sentencia e incluso desde sus consideraciones hay aspectos que ni siquiera están probados dentro del expediente y sin embargo hace referencia al despacho, no se como pudo llegar a las conclusiones frente al tema de la nivelación salarial que se desconoce, dice el despacho que no se logró probar lo señalado en el artículo 143 del código sustantivo del trabajo, claro su señoría aquí se probó cual era el horario de trabajo de los qui demandantes, aquí se probo que las funciones son iguales tanto de Mauricio Sotelo y Jorge Torres con las de Joaquín Roa…*

(…)

sostener el despacho que la declaración de los señores Mauricio Sotelo y Jorge Enrique Torres son exiguas porque en el entendido del despacho dice que tenían un interés, que interés puede tener el señor Mauricio Sotelo si es con el que se está pidiendo que se haga la nivelación salarial, es decir en que puede favorecerse el en rendir esta declaración, el señor Jorge Enrique Torres si efectivamente dice el despacho que tenía interés de por medio, que interés podía tener cuando ya le habían adelantado la demanda para e momento en el que rindió la declaración ya existía sentencia de la corte suprema de justicia sala de casación laboral y ya el proceso no estaba en el despacho, entonces no entiendo cómo se valoró por el despacho esta prueba testimonial para darle este tipo de calificativo en el que definitivamente se estaba desconociendo la imparcialidad que tuvieron los testigos o que tienen los

testigos en el momento de declarar, cuando efectivamente quisieron fue colaborar con la (…) reitero el despacho no valoro con la verdadera objetividad de los señores Mauricio Sotelo Y Jorge Enrique Torres porque dentro de su declaración son personas que conocen directamente (…) ellos que se han presentado en esta demanda sobre la discriminación salarial que ha planteado la empresa industria nacional de gaseosas frente el aquí demandante, es decir si ellos que son quienes conocen directamente de los hechos va a declarar de manera espontánea, voluntaria y diciendo la verdad de lo que se presenta se considera por el despacho judicial que no eran creíbles sus declaraciones por el argumento de que tenían intereses en el presente proceso lo cual queda desvirtuado en el entendido de que el señor Mauricio Sotelo es una de las personas con las que se está pidiendo se haga la nivelación que interés puede tener o que puede favorecerse de una nivelación salarial que se declare en favor del aquí demandante, igual circunstancia suscita con el señor Jorge Enrique Torres quine en el momento de declarar ya su proceso había terminado en este mismo juzgado, entonces en que podía favorecerlo si ya él había terminado su proceso, entonces se desconoce por lo menos las razones o el argumento del despacho en el entendido en que existían algún interés de los testigos para desde luego
(…)

Efectivamente ***el despacho se equivoca al momento de valorar los testimonios del señor Mauricio Sotelo y Jorge Torres, independientemente porque son compañeros del aquí demandante y con las mismas funciones,*** *además señora juez puedo insistir y reitero de que no aplicó lo señalado en el artículo 60 y 61 del código procesal del trabajo ni valoró en conjunto todas las pruebas que se aportaron en el expediente, el despacho para desestimar las pretensiones de la demanda podemos decir que sostiene el fallo única y exclusivamente en dos aspectos, una en la declaración del señor Rafael Arnulfo Bernal y en que efectivamente se da una causal objetiva para el traslado del señor Mauricio Sotelo Medina del departamento de ventas al departamento de refrigeración y atendiendo a que la declaración del señor Rafael Arnulfo Bernal no corresponde a la verdad y que mi entender frente a la situación real que se presenta obedece a una circunstancia su señoría de que le mintió al despacho en el entendido de que el no conoce al demandante desde la fecha por las circunstancias que mencione anteriormente de que el demandante estaba despedido para esa fecha, en el mismo sentido no es objetivo el traslado del demandante al departamento de refrigeración porque su señoría obedece única y exclusivamente a un acto jurídico por considerarlo ceo que ilegal del señor Mauricio Sotelo al trasladarlo de una departamento a otro, es decir el despacho no ha podido considerar de que es una justificación un acto unilateral, para decir que efectivamente da razón a la expresa para trasladar y mantener el salario, no su señoría, es que la discriminación se presenta de que el momento de que* ***el señor Mauricio Sotelo llega al departamento de refrigeración no porque el se pasó si no porque la empresa lo trasladó, la empresa lo mandó al departamento de refrigeración y le asigna un salario, un salario que cambia de condiciones, si supuestamente y atendiendo a lo que dice el señor Rafael Bernal que no le consta de que el señor Mauricio ganaba por comisiones, que al momento de pasar al área de refrigeración se le asigna un salario básico, ahí le cambiaron las condiciones al señor Mauricio*** *y ahí establece la expresa la misma discriminación frente al demandante en el evento en que efectivamente el tipo de remuneración era la misma, todos gozaban de un salario básico y que la empresa recibiera un beneficio de las prestación del servicio que le hace el señor Mauricio Sotelo, que le hace el señor Jorge Enrique Torres frente a la misma función tiene el salario completamente distinto, aquí no se está evaluando a que corresponde el salario aquí lo que se está evaluando es si el señor Mauricio Sotelo y el señor Jorge Torres realizan las mismas funciones como quedó demostrado en las declaraciones y en el interrogatorio de parte de la demandada debía pagarle o no el mínimo salario, y desde que momento se presenta, y que está probado que efectivamente los señores cumplen el mismo horario de trabajo, que los señores realizan las mismas funciones, que debía probar la empresa, de que los señores Mauricio Sotelo y Jorge Enrique Torres son más eficientes que el señor Joaquín Roa, si no lo probo la empresa debió aplicarse el artículo 143 del código sustantivo del trabajo…*

(…)

En estos momentos su señoría, que se probó, que ciertamente se dan las 3 circunstancias que sigue el legislador para que se aplique la nivelación salarial la cual el despacho dejo de aplicar en el presente caso. Lo otro importante que debo resaltar es que el despacho (…) que debía presentar frente al testigo Rafael Correa, en que sentido, el despacho alegó atendiendo las sugerencias que había hecho la secretaria del despacho que teníamos que señalar para el uso de la palabra y así se hizo, el despacho no se percató, incluso levanto la mano para que me de el uso de la palabra y el despacho no lo hace, luego reviso el audio y me dice que no que ya había hecho otras preguntas y que supuestamente la tacha es extemporánea y no me dejó presentar, quiero manifestar lo siguiente, no es cierto la tacha del testigo se puede presentar en el transcurso de la audiencia, el despacho no tenía porque por lo menos negarme esta oportunidad procesal para hacerlo en el entendido de que efectivamente todavía no se había hecho toda la declaración del declarante y tampoco por lo menos conocía en que iba (…) atendiendo que la tacha no es extemporánea en ningún momento y atendiendo desde luego las sugerencias del despacho no puede el por lo menos desconocerme a mi la oportunidad de presentar la tacha como quise hacerlo pues de lo contrario se vulneró el derecho que me asistía frente a la prueba testimonial que se iba a rendir la cual consideraba que iba a ser parcializada y en favor concretamente de la empresa demandada, sin embargo el despacho al desconocerme el ejercicio de contradicción y de defesa adelantó el testimonio y el cual fue casi que uno de los pilares de la sentencia para conocer las pretensiones del aquí demandante. En conclusión, su señoría y para terminar efectivamente considero que el honorable tribunal superior de Bogotá ***deba revocar la mencionada sentencia en el entendido de que efectivamente no se valoraron en conjunto las pruebas testimoniales, la declaración del representante legal de la empresa demandada el señor (…) Entonces continuo diciendo, efectivamente insisto repitiendo sobre la tacha de que el despacho me negó que presentara frente al testigo Rafael podíamos obtener que la tacha laboral no puede considerarse que es extemporánea*** *mientras este en curso su declaración en el sentido de que efectivamente no se conoce todavía los generales de ley cual es el grado de dependencia que puede tener el declarante, en segundo cual es el interés,* ***porque podemos sostener sin lugar equivoco que la tacha de un testigo en lo laboral se reglamenta por lo señalado en el artículo 211 del código general del proceso, es decir si efectivamente se dan alguno de estos verbos rectores que protegen por lo menos el derecho de la sana que es un elemento activo de la tacha, como pretendí señalarlo*** *el despacho desafortunadamente me la negó con el argumento de que no lo había hecho de manera oportuna y que se habían adelantado supuestamente 3 preguntas y que mi tacha resultaba ser temporal lo cual considero que no se da bajo ningún punto de vista, y además del momento que se inició tomando los generales de ley del declarante señale que me permitieran el uso de la palabra y la juez considero que no se había percatado y que supuestamente yo no había señalado la mano que aparece en la pantalla y además físicamente levante la mano y al despacho no da garantía procesal ha debido permitirme impetrar la tacha y no por lo menos negarme que hiciera uso de ese derecho en particular de defensa frente a las garantías procesales que se deben brindar por el operador de la administración de justicia. Por ultimo y para terminar, efectivamente podemos obtener un haber de todos los preceptos que se han dicho, que fueron desconocidos por el despacho en esta sentencia cabe resaltar de que el despacho al momento de proferir la sentencia desconoció desde luego de que si se había probado los 3 elementos que insiste el artículo 143 que señala el código sustantivo de trabajo, pero además es el mismo legislador en el artículo 144 que señala que cuando no existe un salario plenamente definido y el empleador paga por determinada función o determinado cargo un salario, ese es el que se le debe de pagar a aquellas que realicen esa misma función o ese mismo cargo, aquí fíjese que por parte de la misma empresa se han presentado contradicciones, en un momento dado sostiene que los cargos son distintos, en otra oportunidad sostiene que las funciones son distintas pero que el cargo es el mismo y allí se ha desarrollado por lo menos las consideraciones de esta sentencia, la cual desconoce todo el material probatorio que allí se allego aún más se hace alusión de algún folio pero no se tienen en cuenta, además de eso su señoría es preciso resaltar que se probó dentro del expediente que*

la empresa industria nacional de gaseosa S.A tiene un salario definido para el señor Jorge Enrique torres, tiene un salario definido para el señor Mauricio Sotelo Medina, uno de esos dos salarios es el que se le debe aplicar al aquí demandante desde la fecha que se indicó 30 de abril el año 2013 que aquí se ha venido desconociendo. Por último, señoría solicito muy respetuosamente que se me conceda recurso de apelación antes el honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral para que se sirva revocar la mencionada sentencia en el entendido de que los fundamentos en que este fallo determinó absolver a la empresa demandada no se conocieron o no se valoraron en conjunto como lo requiere en los preceptos procesales anteriormente enunciados…."

C O N S I D E R A C I O N E S

En virtud de lo dispuesto en el art 66 A del C P del T y de la S S, la Sala resolverá el recurso, advirtiendo desde ya que únicamente se estudiarán los puntos que atacan en derecho la sentencia, para lo cual es necesario en primer lugar hacer algunas precisiones, destacando también que el argumento básicamente se dirige a afirmar que existió una indebida valoración probatoria.

Comienza la Sala por hacer algunas precisiones relativas a la aplicación del principio de favorabilidad ya que el recurrente afirma que la Juez, no tuvo en cuenta el principio constitucional contenido en el artículo 53 de nuestra carta el cual dice el despacho solo enunció, en sus términos: "sin hacer su desarrollo y su aplicación en el entendido en que las normas del derecho laboral deben aplicarse e interpretarse de la mejor manera o forma que le favorezca al trabajador es un principio constitucional que el despacho desconoció"

Efectivamente tanto el artículo 53 de la C P, como el 21 del CST, se refieren a aplicación o interpretación de **normas más favorables,** jamás a situaciones ajenas a duda en cuanto a aplicación de normas vigente.

En sentencia T 177828 de enero 14 de 1999 la H Corte Constitucional se refirió a la favorabilidad en materia laboral y su consagración en el art 53 de la C.P, doctrina Constitucional que por su importancia es bueno citar en algunos de sus apartes:

(….)

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse,

ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como ***"...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...".***

Siendo la ley una de esas fuentes, ***su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador.*** *Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.*

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. ***Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos.*** *El juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente.*

No vacila la Corte en afirmar que toda transgresión a esta regla superior en el curso de un proceso judicial constituye vía de hecho e implica desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (art. 29 C.P.).

Ya lo dijo esta Corte en Sala Plena y lo reitera sin ambages en la presente oportunidad:

> *"...considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal,* ***y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.***
>
> *De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995. M.P:: Dr. Carlos Gaviria Díaz)". (Negrillas fuera del texto).*

También la H Corte Suprema ha diferenciado la favorabilidad, el in dubio pro operario y la condición más beneficiosa, resultando pertinente citar apartes de la proferida por esa alta corporación al respecto, para una mayor ilustración.

(….)
4º) Los principios de favorabilidad e indubio pro operario difieren de la condición más beneficiosa.
El primero se presenta en caso de duda sobre ***la aplicación*** *de normas* ***vigentes*** *de trabajo.*
Las características primordiales son: (i) la duda surge sobre la ***aplicación*** *de dos o más normas, entendidas éstas como "un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica"; (ii) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; (iii) deben regular la misma situación fáctica, y (iv) al emplearse debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglobamento, es decir, la norma escogida no solamente República de Colombia se utiliza íntegramente, sino como un todo,, como un cuerpo o conjunto normativo. Corte Suprema de Justicia* ***EXP. 40662*** *8 se utiliza íntegramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo.*

A contrario sensu, el principio in dubio pro operario, se presenta cuando frente ***a una misma norma laboral*** *surgen* ***varias interpretaciones*** *sensatas, la cual implica la escogencia del ejercicio hermenéutico que más le favorezca al trabajador. Además, Tiene como particularidades las siguientes: (i) su aplicación se restringe para aquellos eventos en que nazca en el juez una duda en la interpretación, es decir, si para él no existe, así la norma permita otras interpretaciones, no es obligatorio su empleo; (ii) los jueces no están obligados en todos los casos a acoger como correctas las interpretaciones que de las normas propongan las partes, tanto demandante como demandado, y (iii) no se hace extensivo a los casos en que al juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la valoración de una prueba, esto es, la que resulta de defecto o insuficiencia en la prueba de los hechos, dado que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra la potestad de los jueces de formar libremente su convencimiento y no los sujeta a una tarifa legal de prueba.*

Por último, la condición más beneficiosa, se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora" (Rad 40662 de febrero 15 de 2011M.p. Carlos Ernesto Molina Monsalve).

Salta entonces a la vista que en este caso no nos encontramos ni frente a condición más beneficiosa, ni frente a favorabilidad e in dubio pro operarium, pues no hay dos normas de la cual surjan varias interpretaciones, que impliquen escoger una, esto es la más favorable al trabajador, ni debemos analizar transito legislativo alguno que nos lleve a determinar una condición más beneficiosa; siendo evidente que ninguna de esas situaciones son las tratadas en este proceso; en el que la norma única, clara, diáfana es el art 143 del C ST.

Al parecer el recurrente confunde el principio constitucional para su aplicación en caso de dudas en pruebas; como si ello fuera lo que la ley consagra para derechos laborales; cuando ha sido claro que **no es posible aplicar favorabilidad o principio de in dubio pro operarium** cuando se trata

se itera, de pruebas o duda probatoria; así lo ha explicado de la corte de vieja data en sentencia de ago 19/94 Rad 6734, que no sobra traer a colación:

" (…)

La denunciada infracción del principio de favorabilidad garantizado por el artículo 53 de la Constitución Nacional, tampoco puede examinarse en este caso, pues la censura propone aplicarlo para resolver un duda sobre la autenticidad de un documento, por lo que su aplicación resulta improcedente, en cuanto la duda que obliga al juez a acoger la interpretación más favorable al trabajador, es aquella que se le presente respecto del entendimiento de una norma jurídica, cuando encuentre lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso cuando menos dos interpretaciones de su contenido normativo, caso en el cual deberá optar por aquella interpretación que más beneficie al trabajador, sin que resulte lógico derivar del texto constitucional que tal principio se haga extensivo a los casos en que al juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la valoración de una prueba."

En segundo lugar y también desde ya la Sala advierte que el recurso de apelación que acá se estudia es el que ataca la **sentencia, es el único procedente por haber sido interpuesto en el momento procesal oportuno,** no puede entonces y en consecuencia estudiar este Tribunal temas relativos a decisiones o providencias anteriores que debieron ser impugnadas en su momento, con los recursos procedentes, cuya omisión solo implica que estas quedaron ejecutoriadas y en firme.

Sin embargo, la Sala precisa que se equivoca el recurrente cuando asegura que en materia de tachas a testigos, debe aplicarse el artículo 211 del CGP, pues el artículo 145 del C P del T y de la S S, que consagra la aplicación analógica, solo la contempla **a falta de normas en el procedimiento del trabajo;** lo que no sucede en este tema pues de manera clara autónoma y suficiente el artículo 58 de nuestro código señala:

*" **Tachas.-** El perito único podrá ser tachado por las mismas causales que los jueces .*

*Las tachas del perito **y de los testigos se propondrán antes de que aquél presente su dictamen o sea rendida la respectiva declaración; se acompañará la prueba sumaria del hecho en que se funde** y se resolverá de plano, si la tacha fuere contra perito, o en la sentencia definitiva si fuere contra testigos"*

Hechas las anteriores precisiones se estudia el recurso, en el que básicamente se afirma, no se valoraron en debida forma las pruebas; básicamente la de los dos testigos de la parte actora, con los que, afirma el recurrente, se probó la identidad de funciones y la vulneración del artículo 143 del CST.

Antes, lo primero que debe recordar la Sala, es el principio de igualdad en el campo salarial, en los términos en que se encuentra establecido en el Código Sustantivo del Trabajo. Reza la norma:

> *"1. A trabajo igual* ***desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales,*** *debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.*
> *2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales."*

Ahora en cuanto a la carga de la prueba la Sala hará algunas precisiones, advirtiendo desde ya que corresponde al empleador; justificar la diferencia salarial, para trabajadores que no solo se encuentran contratados para desempeñar el mismo cargo, sino que cumplen, **las mismas funciones en las mismas condiciones de eficiencia.**

En sentencia ***Sentencia T-079 de 1995 la H Corte Constitucional señaló:***

"(…)

CUANDO PUEDE HABER DIFERENCIA SALARIAL TRATANDOSE DE UNA MISMA ACTIVIDAD LABORAL.

Hay situaciones en las cuales puede ser diferente la remuneración para trabajadores que desempeñan un mismo puesto, o cargo, en el mismo lugar, con la misma intensidad horaria. Esto ocurre porque la remuneración es:

> "proporcional a la cantidad y calidad del trabajo" (artículo 53 de la Constitución del 91).

Estos factores cuantitativos y cualitativos no contradicen el principio de la igualdad porque, como ya lo dijo la Corte en la sentencia C-71/93, no hay que confundir la igualdad con el igualitarismo y el derecho a la igualdad implica hacer diferencias

donde éticamente se justifiquen. Luego, si OBJETIVAMENTE un trabajador produce MAS y MEJOR que sus compañeros es justo que la retribución sea mayor. El mismo Código Sustantivo del Trabajo (hoy artículo 14 de la Ley 50 de 1990) establece:

> "Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones."
>
> *(….)*
>
> *(…)*
> *-El Artículo 143 CST.: Establece los factores que deben tenerse en cuenta para equiparar el salario, en donde lo principal es la eficacia del trabajo.*

Surge de esta enunciación la posibilidad de una acción para que los organismos jurisdiccionales coloquen al trabajador y su salario en la misma situación en que el principio legislativo los quiso colocar.

Y al mismo tiempo surge como factible la perspectiva de salarios distintos siempre y cuando ***la diferenciación sea razonable (cantidad y calidad del trabajo, art. 53 C.P.),*** *y sea objetiva y rigurosamente probada por el empleador.*

El tratadista español Alfredo Montoya Melgar dice al respecto:

> **En cuanto compensación de un trabajo, la cuantía del salario ha de fijarse atendiendo a la calidad y cantidad de dicho trabajo, prohibiéndose las discriminaciones y tratos de favor basados en circunstancias personales, tales como sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, etc. (art. 17.1 ET);** específicamente, el art. 28 ET dispone, en la línea del art. 35.1 Const., que el empresario está obligado a "pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo"; principio acogido en el Conv. de la OIT Nº 100, en la Carta Social Europea, en el Tratado de la C.E.E. (art. 119) y Directiva de 102. 1975[13] por otra parte, la legislación equipara los salarios de extranjeros y nacionales (art. 32 D. 1.119/1986, de 26.5).

(…)

(…)

(….)
La carga de la prueba del trato distinto, corresponde al empleador. Es una inversión del ONUS PROBANDI, en cuanto quien alega la vulneración del principio de igualdad no está obligado a demostrar que es injustificada la diferenciación que lo perjudica, esto ha sido aceptado por la Corte Constitucional en la sentencia T- 230 de 1994, anteriormente transcrita y es reiteradamente acogido por el Tribunal Constitucional Español[14]

En nuestra normatividad constitucional, esta apreciación sobre la carga de la prueba tiene su asidero en el artículo 13 de la C.P. que establece la igualdad y prohibe la discriminación, sabio principio que es particularmente importante en el derecho laboral, por eso en cualquier contrato de trabajo, sea escrito o verbal va implícito el

---

[13] *Sobre la Directiva y Jurisprudencia. A. Montoya, J. Galiana y a. Sempere: Instituciones de Derecho Social Europeo, Madrid, 1988, págs. 20 y sigs. Cfr. también Ss. TJCE 4.2.88 (Caso Murphy) y 17.10.89 (caso Danfoss).*
[14] *Ver Sentencias 38/81, 103/83, 81/82.*

derecho fundamental que tienen todos los trabajadores a recibir trato jurídico igual para condiciones semejantes, salvo, como ya se dijo, que la diferenciación busque un fin constitucionalmente lícito, tenga respaldo razonable y esté objetivamente demostrado, en otras palabras: que la distinción no se convierta en discriminación.

En conclusión. Quienes tienen la carga de probar la inexistencia de la desigualdad o la razonabilidad y objetividad del trato diferente son los empleadores a quienes se les imputa la violación al principio de igualdad. El afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación.

También de vieja data, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia con Rad 44317 de diciembre 10 de 2014, MP CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE, aclaró el tema de la carga de la prueba, en el que se deja definido que **es al empleador al que le corresponde justificar el trato diferente. Dijo la Corte:**

*"Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», **tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia.** Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adoctrinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575.*

*Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7º de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. **En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato.***

Proyectado lo anterior al caso bajo estudio, se tiene que el cargo desempeñado por ambos trabajadores fue el mismo, con idénticas funciones y responsabilidades y las mismas condiciones de modo, tiempo, lugar.

De ahí que por inversión de la carga probatoria, la entidad bancaria debió haber acreditado la justificación del trato salarial diferente.

Criterio este sostenido hasta ahora por esa alta corporación; como por ejemplo en la SL 4825 Rad 69370 de noviembre 25 de 2020, en donde se reitera la SL14349 de 2017, que a su vez rememoraba la SL1503 de 2016 en el mismo sentido.

Con base en lo expuesto encontramos que la carga atribuida al trabajador, en este caso y contrario a lo afirmado en el recurso, no fue cumplida, pues no le basta a este probar funciones similares o iguales, también se debe demostrar que las condiciones de eficiencia son las mismas y si ello sucede el empleador deberá justificar el trato desigual. Veamos las razones.

Afirma el recurrente que con las declaraciones de los trabajadores de referencia; **Mauricio Sotelo Medina y Jorge Enrique Torres Pardo,** escuchados en audiencia de fecha enero 23 de 2020, (fls 162 y 163), se logra demostrar la identidad de funciones, pero en su sentir la Juez no valoró en debida forma esas declaraciones desconociendo los artículos 60 y 61 del C P del T y de la S S.

Vale entonces decir que no solo analizó la Juez todas las pruebas allegadas como ordena el artículo 60 citado; sino que al hacerlo como manda a su vez el artículo 61, formó libremente su convencimiento atendiendo los principios allí contenidos, e indicando de manera clara los hechos y circunstancias que la llevaron a esa convicción.

Resulta así y eso no solo se observa en la providencia, sino en la revisión de las declaraciones, que los testigos, no solo lucieron contradictorios en sus afirmaciones, incluso llegando a no tener claro sus propios cargos, sino que no podían tener certeza **directa se itera no solo de la identidad de funciones sino de las condiciones de eficiencia en que se desempeñaron,** siendo quizás la razón más importante y sencilla la relativa al sitio de trabajo pues mientras el demandante labora en la zona norte, ellos en la zona sur, lo que los hace testigos de oídas, porque como uno de ellos afirmó lo que sabía lo sabía por contacto telefónico con el actor, lo que resta su credibilidad como determinó acertadamente la Juez.

Ahora bien, siendo claro que ni siquiera dieron fe de las funciones menos aún de las condiciones de eficiencia, necesaria para que se tuviera por cierto este trato desigual, que imponía al empleador justificar el trato desigual.

Afirma además el recurrente, que la Juez solo fundamentó su decisión en un testigo de la demandada, esto es el señor **Rafael Arnulfo Bernal** (audiencia del 28 de agosto de 2020, (fls 167 a 170), lo que claramente no obedece a la realidad, por cuanto las declaraciones de los testigos de la parte demandante, fueron analizados con relación también a lo afirmado por este testigo, que era el

jefe inmediato de todos, luego tenía conocimiento de las labores desempeñadas y de las condiciones que hacían diferente sus circunstancias, por ejemplo el traslado del señor Torres desde Caqueza, lo que originó que le mantuvieran el sueldo o la reubicación laboral del señor Sotelo quien era pre-vendedor, lo que hacía tuviera un mayor sueldo que también fue mantenido. Es decir la credibilidad de este testigo no solo surge del conocimiento directo de los hechos sino de las coincidencias con lo manifestado por los testigos de la contraparte, lo que analizó se itera con muy buen juicio la Juez.

De otra parte y como ya se dijo la Juez analizó todas las pruebas, como la documental por ejemplo, que el recurrente no mencionó, visible a folios 119 y siguientes; y en donde se certifican los cargos así: JOAQUIN ROA MORALES (demandante) ANALISTA EQUIPO FRIO, MAURICIO SOTELO MEDINA (trabajador- referencia) SUPERVISOR DE NEVERAS, JORGE TORRES PARDO (trabajador- referencia) ANALISTA DE REFRIGERACIÓN Y MANTENIMIENTO. Ninguno de ellos iguales, así como tampoco las funciones destacando que solo el supervisor devenga un salario superior, siendo sus funciones de revisión de los analistas de neveras; cargo que en su declaración en un comienzo aceptó y luego negó, pero que es el certificado por el empleador, legalmente facultado para certificar los cargos de sus trabajadores. (ver folios 125 al 127).

Así las cosas, esta Sala considera que no existe discriminación o trato diferente, toda vez que ni siquiera existe identidad o similitud de funciones, por lo menos no en lo acreditado en juicio pero menos aún - y si en gracia de discusión aceptásemos esas prueba-; se encuentran acreditados factores de **calidad y cantidad, es decir eficiencia, necesarios para la aplicación de la norma;** luego en las anteriores condiciones, se exhiben como improcedentes las pretensiones del demandante y acertada la decisión de la Juez.

Por lo expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia apelada en su totalidad.

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:

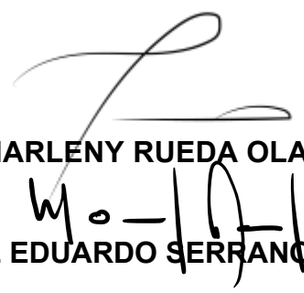
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA, apelada de acuerdo con lo expuesto 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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

En permiso
LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 12-2018-549-01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: RUFO RODULFO ROMERO FAJARDO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS, 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 grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de junio de 2020.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor RUFO RODULFO ROMERO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad

de la vinculación que realizara a Colfondos S.A.; como consecuencia de tal declaración peticiona se ordene a dicha administrado a ordenar su traslado al RPM y efectuar el traslado de los aportes pensionales consignados en su cuenta de ahorro individual a órdenes de Colpensiones, junto con gastos de administración, ordenándole a esta última a recibir dichas sumas y aceptar su traslado al régimen que administra, condenando igualmente a Colfondos a reconocer y pagar la suma 50 SMLV, como consecuencia de la condena atentatoria contra su derecho pensional. (fls. 49 y 50).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que es empleado de Química Schering Colombia S.A., y desde que inició su vida laboral se vinculó al RPM hasta el 25 de junio de 1997, data en que suscribió formulario de afiliación expedido por Colfondos S.A., para lo cual medió el convencimiento por parte de un asesor de esta administradora quien lo indujo de manera equivocada a trasladarse al RAIS, señalándole que no perdería los beneficios propios del RPM, que no le señaló los eventuales riesgos que le podría acarrear dicho traslado, no suministrándole una información consistente, veraz y verificable en cuanto a su traslado y que le permitieran tomar una decisión objetiva, que no se le presentó simulación pensional alguna con la cual hubiera podido conocer un eventual valor de su mesada pensional en ambos regímenes.

Afirma que dicho traslado no se informó a su empleador como lo prevé el artículo 128 de la Ley 100 de 1993, que su permanencia en el RAIS, lesiona el derecho a la libre escogencia de régimen pensional, así como empobrece su pensión ya que en este recibiría aproximadamente el 60% de la mesada que recibiría en el RPM, que por más de 4 años ha intentado gestionar su regreso a este último régimen y el día 11 de mayo de 2018, elevó ante Colfondos solicitud de desvinculación de dicha administradora, a lo que esta le indicó que su solicitud era improcedente y el 3 de mayo de la anualidad en mención solicitó ante Colpensiones la afiliación al régimen que administra, la que igualmente fue negada. (fls. 46 a 48).

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 34 y 35, referentes a la solicitud que elevará el actor de vinculación a dicha administradora y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses ni indexación y buna fe. (fl. 67).

Por su parte, la AFP Colfondos S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en No. 9 y 26 a 33, manifestó no constarle los No. 1, 34 y 35 y negó los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no prueba de la causal de nulidad alegada, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, validez de la afiliación al RAIS, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento. (fl.91)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia de la relación jurídica de afiliación del demandante RUFO ROMERO al RAIS, celebrada con Colfondos S.A., el 25 de junio de 1997, condenó a esta última a realizar al RPM el acto de afiliación como los saldos, aportes y rendimientos depositados en la CAI del demandante a favor de Colpensiones y a esta última a recibir los mismos, absolvió de las demás súplicas de demanda, declaró no probadas las excepciones y no condenó en costas (fl. 147)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que Colfondos únicamente había allegado como medio probatorio, el formulario de afiliación suscrito por el demandante, en el que él plasma su firma en la voluntad de afiliación, no habiendo ninguna otra prueba que permitiera evidenciar la expresión de su consentimiento para pertenecer al RAIS, de igual forma, se

determinó que había nacido el 25 de febrero de 1960 y conforme la historia laboral allegada por Colpensiones, se lograba determinar que no era beneficiario del régimen de transición por edad como tampoco por tiempo de cotización; no obstante ello, la Corte Suprema de Justicia, había señalado que este tipo de controversias se analizaban a la luz de la ineficacia del traslado de régimen con independencia de que el afiliado fuese o no beneficiario de dicho régimen.

En tal orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había señalado desde la sentencia 31989 de 2008, en cuanto al fenómeno de traslado de régimen la diferencia de la nulidad o ineficacia del mismo, en la sentencia SL12136 señala las diferencias de tales figuras, indicando que la nulidad se da cuando se verifica la existencia de vicios del consentimiento; de otro lado, la ineficacia tenía lugar cuando se predicaba la inexistencia de una libertad informada en la afiliación; en cuanto a la figura de la nulidad indicó que no obraba prueba que permitiera evidenciar la existencia de un vicio en el consentimiento del actor al momento de suscribir formulario de afiliación, razón por la cual, por la vía de nulidad de traslado, no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, bajo la óptica de la nulidad en sentencia SL1452 de 2019, la CSJ, había indicado que era deber de las AFP desde su creación brindar al afiliado toda la información referente a su traslado y el consentimiento informado de este, no se cumplía con la simple suscripción del formulario de afiliación, siendo deber del fondo que promovió la afiliación del actor en el año de 1997, haber demostrado que brindó dicha información a este para considerar que su consentimiento estuvo debidamente informado al momento de tomar la decisión de traslado, so pena de declarar ineficaz dicho acto de traslado; lo que ocurría para el caso del actor, pues no se había allegado ninguna documental que permitiera determinar que al demandante se le había puesto de presente toda la información referente a su traslado de régimen pensional; razón por la cual, había lugar a declarar la ineficacia del mismo, con el correspondiente traslado de aportes junto con rendimientos.

Que igualmente se había peticionado la devolución de gastos de administración y la imposición de la sanción contemplada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; respecto de lo cual, indicó que la devolución de los gastos en comento, no era procedente ya que Colpensiones iba a recibir los aportes junto con rendimientos, siendo estos los principales elementos que componían la prestación económica que en un futuro reconociera al demandante; en cuanto a la sanción peticionada, conforme al tenor literal de dicha norma, era una sanción a cargo del empleador y las administradoras no tenían la calidad de empleadoras del actor, razón por la cual no salía avante y como quiera que el asunto debatido versaba sobre asuntos pensionales, tenía vocación de imprescriptible, no prosperando esta excepción como tampoco las demás propuestas por las demandadas.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor RUFO ROMERO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos S.A., el 25 de junio de 1997, como se verifica de copia del mismo, visible a folio 115 del plenario, allegado por la demandada en mención.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que como bien lo indicó el juez de primer grado, de igual forma se alega tal consecuencia 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 y contario a lo manifestado por Colpensiones y Colfondos S.A. 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 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 de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por la recurrente Colfondos S.A. ninguna de ellas da cuenta respecto que le hubiera brindado al señor Rufo Romero información alguna o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** al RAIS en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que esta demandada,

faltó al deber de información pues debió indicarle al demandante en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, es por ello que no se puede predicar que dicho traslado de régimen, haya sido libre y voluntario como lo indica Colpensiones en sus alegaciones pues el demandante, no conocía las consecuencias del mismo.

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.° 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.°, 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.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 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)*

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita y contrario a lo señalado por las demandadas en etapa de alegaciones; la sola suscripción del formulario de afiliación por parte del actor a Colfondos, no permite concluir que se le hubiera brindado toda la información referente a su traslado pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, máxime cuando de este sólo se desprenden los datos personales de esta y ningún dato relevante a su situación pensional.

Es así como en estos casos, tampoco les asiste razón a las demandas en cuanto a que el demandante debe probar vicio del consentimiento alguno, pues como lo advirtió el juzgador de primer grado, en tanto se alegó la omisión en el deber de información por parte de la AFP a la cual se afilió; este tipo de acción, se reitera, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, caso en el cual no se impone probar la existencia de vicios del consentimiento y 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.*

De otra parte y si bien Colfondos indica en sus alegaciones, que no resulta procedente disponer el traslado de gastos de administración, este tópico también ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, en las que se señaló que los mismos debían trasladarse a órdenes de la administradora pensional del RPM, razón por la cual, en grado

de consulta a favor de Colpensiones, se **adicionará** el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida, en el sentido de indicar que el traslado de aportes allí dispuesto, debe comprender las sumas descontadas por concepto de gastos de administración.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose **confirmar** la sentencia de primer grado en cuanto a la declaratoria de ineficacia de traslado.

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, aspecto en que se **adicionará** la sentencia consultada.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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 el numeral SEGUNDO de sentencia consultada, en el sentido de indicar que el traslado de aportes allí dispuesto, debe incluir lo descontado por concepto de gastos de administración.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia consultada 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.

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

CUARTO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

En permiso
LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO