

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

PROCESO ORDINARIO No. 34 2018 253 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ELIZABETH DEL ROSARIO BOSSA MARTELO
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 veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), 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 12 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno laboral del Circuito de Bogotá, por la apelación presentada por las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última.

ANTECEDENTES

Solicitó la señora ELIZABETH DEL ROSARIO BOSSA MARTELO, se declare que la afiliación realizada a la AFP PORVENIR S.A. es ineficaz, al no haberle suministrado información completa y comprensible acerca de su traslado. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. entidad a la que se



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2018 253 01 Dte: ELIZABETH DEL ROSARIO
BOSSA MARTELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

encuentra afiliada en la actualidad al traslado de los aportes cotizados en el régimen de Ahorro Individual. Que se condene a la demandada COLPENSIONES, a recibir los dineros que le serán entregados. Finalmente, solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (fl.- 63-64)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

- 1°. Que se afilió al ISS hoy Colpensiones, el día 28 de febrero de 1.989 y aportó un total de 115.71 semanas.
- 2°. Que se encontraba afiliada al ISS al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.
- 3°. Que se afilió a la AFP PORVENIR S.A., el día 1 de noviembre de 1.994 y hoy en día se encuentra afiliada a la AFP PROTECCIÓN S.A.
- 4°. Que el funcionario que la asesoró para el cambio de régimen, no le informó el monto de la pensión que recibiría, que no le elaboraron una proyección que le permitiera contar con una información completa en relación con el bono pensional.
- 5°. Que la AFP PORVENIR S.A. utilizó como argumentos, que no se iba a poder pensionar en el ISS porque éste se iba a acabar.
- 6°. Que le indicaron que se iba pensionar a cualquier edad, sin que le indicara que afectación tendría sobre su bono pensional.
- 7°. Que no le informaron sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen.
- 8°. Que la información que le fue entregada fue sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado y así recibir la comisión correspondiente.
- 9°. Que actualmente cuenta con 1.276,29 semanas de cotización.
10. Que solicitó la nulidad del traslado, pero la misma, le fue negada. (fl.- 64-67)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2018 253 01 Dte: ELIZABETH DEL ROSARIO
BOSSA MARTELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, manifestó que son ciertos los enlistados en los numerales 1 a 7 y 17 a 20, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción. (fl. 92-101).

Por su parte la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó el contenido en el numeral 7, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó eficacia del traslado del régimen de prima media al RAIS, inexistencia de nulidades por no haberse configurado un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada y prescripción. (fl. 118-124).

Finalmente la demandada **PROVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación. (fl. 158-181).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia del 12 de marzo de 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por ELIZABETH DEL ROSARIO BOSSA MARTELO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2018 253 01 Dte: ELIZABETH DEL ROSARIO
BOSSA MARTELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, a recibir los dineros provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las AFP PORVENIR S.A. y PORTECCIÓN S.A. a favor de la demandante, en la suma de \$1.000.000.

SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia sen ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el problema jurídico dentro del presente asunto, corresponde en establecer si es nulo el traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la sociedad administradora de fondos de pensiones COLPATRIA hoy PORVERNIR S.A., por cuanto la parte actora alega que no le dieron la información necesaria para la toman de e3sta decisión.

Posteriormente señaló que la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL 9447 de 2017, SL1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL1689 del mismo año y SL 4426 DE 2019, entre otras, se ha establecido el deber de información y en la sentencia 1688 de 2019, consideró que al momento de realizar la afiliación de las personas, deben indicar beneficios, diferencias, riesgos y beneficios del cambio de régimen pensional y además que en estos proceso opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, así mismo la Corte indicó que se aplica la jurisprudencia sin importar si



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2018 253 01 Dte: ELIZABETH DEL ROSARIO
BOSSA MARTELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

existe o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional o si se está próximo o no a pensionarse.

De conformidad con lo anterior, reiteró que la carga de la prueba está en cabeza de las AFP demandadas, por lo que deben éstas demostrar suficientemente si cumplió con dicho deber de información.

Posteriormente y luego de realizar un recuento de las pruebas allegadas al proceso, encontró que Porvenir S.A., no cumplió con su deber de información en los términos establecidos por la H Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes señaladas, ya que no se anexó prueba alguna que indique la información que le fue suministrada a la actora en el momento de la afiliación, ni siquiera se allegó el formulario de afiliación suscrito por la actora.

Por lo anterior, declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora el 1 de noviembre de 1.999, con la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., en los términos arriba indicados.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **COLPESIONES**, interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia proferida y la absolución de la entidad que representa, por cuanto insiste en indicar que si bien por parte del despacho se consideró y se aplicó lo que actualmente considera la H. Corte Suprema de Justicia, solicita al Tribunal se aparte del mismo.

Indica que si bien, existe una serie de acciones de tutela que revocan los pocos fallos que declaraban que no existía esta ineficacia, lo cierto es que en atención a esta fecha no existía dicho precedente y lo que había era la ley 100 de 1.993, el Decreto 663 del 93 y el respectivo decreto 692 de 1994, artículos que fueron cumplidos a cabalidad en dicha época, por lo cual no se puede dar esa interpretación de la jurisprudencia que se viene a consolidar hacia el año



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2018 253 01 Dte: ELIZABETH DEL ROSARIO
BOSSA MARTELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

2019, la interpretación que se le dio a esos art. Por parte de la H. Corte Suprema de Justicia.

Arguye que del precedente de la H. Corte se han apartado algunos juzgados y Tribunales en providencias que tienen una carga argumentativa alta, pero para la Corte suprema de justicia no es suficiente como se ha manifestado.

En el presente caso no existió ningún vicio del consentimiento, se analizan temas puntuales como el traslado que realizó la demandante en el año 1994, no se incurrió en ninguna prohibición legal y la asesoría se dio de manera verbal, por lo que de conformidad con el Código Civil se torna imposible de probar.

Que este vínculo contractual lleva mas de 20 años y lo rompen solo porque no se logra probar una asesoría verbal realizada en dicha data lo cual se torna imposible. También debe tenerse en cuenta que para el momento del traslado la actora solo contaba con 115 semanas de cotización, por lo que no tenía ninguna expectativa en el régimen, no era beneficiaria del régimen de transición ni ningún derecho adquirido.

Igualmente se debe tener en cuenta que si hay unas reglas que vienen desde el estatuto financiero también se debe establecer que para dicha data existían deberes del consumidor financiero, los cuales son aplicables en este caso, lo anterior, para establecer que la declaratoria realizada atenta en contra de la estabilidad de sistema pensional sobre todo en el régimen de prima media, en el sentido en que en la demanda se establece una cuantía de cual sería la mesada pensional de mas de \$5.000.000.00 por lo que esta suma mensualmente y por el tiempo de expectativa de vida de la actora, arroja un valor de \$1.771.849.138, y si se mira el valor ahorrado en la cuenta de ahorro individual, el mismo asciende a \$356.168.266, por lo cual hay un desfase de mas de \$1.400.000.000, los cuales debe entrar a responder COLPENSIONES, sus afiliados y el mismo patrimonio público.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2018 253 01 Dte: ELIZABETH DEL ROSARIO
BOSSA MARTELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

Por su parte el apoderado de PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación indicando contra la sentencia que emitió el juez de instancia con el propósito que el superior la revoque y en su lugar se absuelva a mi mandante de las súplicas de la demanda.

Señala que son dos los aspectos de su inconformidad, el primero de ellos tiene que ver con aplicación de jurisprudencias que son posteriores a la celebración del negocio jurídico que se hizo en cumplimiento de la ley vigente al momento en que se celebró, puesto que las características, las condiciones y todos los elementos propios del RAIS se encuentran en la ley 100 de 1.993 y esta es de orden público, la cual no puede ser desconocida por ninguna persona. Las administradoras demandadas no violaron la ley en ningún momento y su actividad fue apelada a ellas y esto no fue objeto de debate en el proceso, las administradoras actuaron con base en lo que la ley dice y suministraron la información que debían suministrar en el momento y la persona contratante, persona completamente capaz, estaba en plena capacidad de escogencia.

El segundo tiene que ver con los gastos de administración pues siguiendo el planteamiento que esta realizando, la administradora que representa desarrolla una objeto y causa lícita ambos autorizados por la ley 100 de 1.993, la cual autoriza para que se efectúen dichos descuentos, esa era una circunstancia que debía conocer la afiliada en términos de las presunciones de conocimiento y que efectivamente se dieron al punto que se le incrementó el capital de ella. Señala que existe una grave negligencia por la parte actora en la medida en que en ningún momento se informó ella misma como cualquier persona prudente en el manejo de sus negocios y no solicitó información adicional, por lo que la indexación, es desproporcional.

Finalmente indica que si el negocio es ineficaz, no tienen porque haber las sanciones que se han decretado en la parte resolutive de sentencia.

CONSIDERACIONES



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2018 253 01 Dte: ELIZABETH DEL ROSARIO
BOSSA MARTELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

A efectos de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES se tiene que lo pretendido por la señora ELIZABETH DEL ROSARIO BOSSA MARTELO, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación realizada, que se formalizara mediante formulario suscrito ante la demandada por el día 1 de noviembre de 1.994.

En este orden, si bien se peticiona la declaratoria de ineficacia de la afiliación realizada, lo cierto es que se alega como consecuencia de la falta de información en dicho acto, caso en el cual, lo pretendido se debe abordar bajo la óptica de la ineficacia, figura 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; oportunidades en 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; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2018 253 01 Dte: ELIZABETH DEL ROSARIO
BOSSA MARTELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

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.

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por Colpensiones y PROTECCIÓN S.A. en su recurso y alegaciones, **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 científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

En el presente caso si bien, la afiliación que dio origen al cambio de régimen se realizó en el año 1.994, y las jurisprudencias en las que el fallador de primer grado fincó su decisión, lo son de años posteriores, lo cierto es que las mismas son completamente aplicables al caso que nos ocupa ya que en ellas la H. Corte Suprema establece los deberes que tenían las administradoras desde el momento de su creación, a fin de poder determinar que se puede exigir en cada caso.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2018 253 01 Dte: ELIZABETH DEL ROSARIO
BOSSA MARTELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que no se allegó el formulario mediante el cual la actora cambió de régimen pensional y tal y como lo señaló el juez de primer grado, no se allegó prueba alguna que indique la información que le fue brindada a la actora en dicho momento

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2018 253 01 Dte: ELIZABETH DEL ROSARIO
BOSSA MARTELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo el argumento de la recurrente Colpensiones en alegaciones, según el cual, la administradora no estaba en el deber de soportar la información brindada a la fecha del traslado del actor; cuando lo cierto es que como tantas veces lo ha señalado la línea jurisprudencial aplicable en estos casos, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, como en efecto lo indica la recurrente ya que la decisión de primer grado efectuó el estudio de la situación particular del traslado de la **señora Elizabeth**, arribando a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio, conclusión que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, como lo pone de presente la parte demandante en sus alegaciones, lo que impone **confirmar** la decisión de primer grado.

Ahora bien, en el presente caso, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio en el consentimiento alguno a pesar de haberlo alegado, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2018 253 01 Dte: ELIZABETH DEL ROSARIO
BOSSA MARTELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

De igual manera, contrario a lo afirmado por Colpensiones en alegaciones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

De igual forma, no sale adelante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Protección 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 y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados**, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen no existió y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado; aspecto respecto del



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2018 253 01 Dte: ELIZABETH DEL ROSARIO
BOSSA MARTELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

cual procede señalar a esta recurrente que el concepto a que alude también en sus alegaciones expedido por la SuperFinanciera, no es de obligatorio observancia por parte de esta jurisdicción, como quiera que tal índole sólo la ostentan los pronunciamientos del organismo de cierre de la misma, esto es, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia 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.

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.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2018 253 01 Dte: ELIZABETH DEL ROSARIO
BOSSA MARTELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 34-2020-194-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora AMANDA ZAMUDIO VELA, 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 veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), 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 la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de junio de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones y la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora MÓNICA GÓMEZ FREYDELL por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34202000194-01 Dte: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

existencia de vicio en su consentimiento que la indujo a error en la afiliación que realizara ante Davivir hoy Protección S.A., que como consecuencia se declare la ineficacia de dicha afiliación y la consecuente devolución de aportes del RAIS al RPM; como consecuencia de tales declaraciones solicita se condene a Protección S.A., a tener como ineficaz la afiliación efectuada al RAIS, teniéndola como válidamente afiliada al RPM, ordenando a Colfondos SA, fondo al que se encuentra actualmente afiliada a que realice la devolución de aportes al RPM administrado por Colpensiones.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que nació el 19 de febrero de 1962 y estuvo afiliada al Sistema General de Pensiones – Caja de Previsión Distrital desde el año 1985 hasta diciembre de 1994, que para los meses de octubre y noviembre de 1994, se encontraba laborando en el Hospital San Blas y se trasladó al RAIS a través del DAVIVIR hoy PROTECCION S.A., con fecha de solicitud de vinculación el 25 de noviembre de 1994, que para la data en que se dio dicho traslado, el área administrativa del hospital reunió a los empleados, y les informa que la Caja de Previsión del Distrito donde tenían los aportes a pensión iba a liquidarse, y por ello, debían cambiarse a un fondo privado o perderían los aportes que tenían hasta ese momento.

Afirma que los asesores del fondo DAVIVIR, los formaron en una fila y les entregaron el formulario para que lo firmaran, sin dar mayor información respecto del acto de afiliación, sin suministrar ninguna información previa a la afiliación sobre la manera de cómo se liquidaría la pensión en ese fondo, como tampoco ninguna información financiera sobre los requisitos que debía cumplir en el fondo privado ni en el de prima media para llegar a obtener una pensión, ni de los pros ni los contra que le ocasionarían el traslado de régimen.

Afirma que Davivir hoy Protección S.A., no desplegó ninguna actividad de asesoramiento e información al trabajador, que le permitiera valorar las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34202000194-01 Dte: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

consecuencias de su traslado del régimen pensional, que el formulario suscrito el 25 de noviembre de 1994, adolece de la firma del asesor del fondo en mención, por lo que el 24 de enero de 2020 ante Protección S.A., solicitó nulidad o invalidez de afiliación, el cual fue negado y junto con dicha respuesta Protección le envió dos formularios de afiliación con diferente fecha, uno del año 94 que no cuenta con firma del asesor ni código del mismo, evidenciándose así que no es una fiel copia del que ellos aportan; y el segundo formulario data del año 96, quedando demostrado que Protección S.A, no tiene claridad suficiente de cuándo y en qué fecha la demandante se trasladó al fondo privado.

Indica por último presentó el 24 de enero del 2020 ante Colfondos S.A, Pensiones y Cesantías, solicitud de nulidad o invalidez de afiliación, el cual fue negado y lo propio ocurrió con Colpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, Colfondos S.A., se allanó a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales No. 1 y 16 manifestó no constarle los No. 2 a 15 y 17 y no propuso excepciones de mérito.

Por su parte, Protección S.A., aceptó los hechos contenidos en No. 1, 3, 4, 13 y 14, manifestó no constarle los No. 2, 5, 16 y 17 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara nulidad o ineficacia de la afiliación

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea o indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34202000194-01 Dte: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

prescripción, caducidad, inexistencia de causales de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado realizado el día el 25 de noviembre de 1994, por MONICA SOFIA GOMEZZ FREYDELL, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones DAVIVIR S.A., actualmente SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION, y posteriormente el traslado realizado a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a partir del 30 de septiembre de 1999.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de MONICA SOFIA GOMEZ FREYDELL, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la administradora de fondos de pensiones COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., con motivo de la afiliación de MONICA SOFIA GOMEZ FREYDELL, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada SOCIEDAD PROTECCION S.A., liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1SMLMV por concepto de agencias en derecho.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el artículo 13 la Ley 100 de 1993, consagraba la libre elección del afiliado del régimen pensional al que quería pertenecer, norma que había creado el sistema general de pensiones garantizando la cobertura plena y eficiente de elementos fundamentales de la Seguridad Social para el amparo de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, de igual manera, estableció la posibilidad de que existieran entidades públicas y privadas que se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34202000194-01 Dte: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

encargarán las primeras de administrar el RPM y las segundas del RAIS a través de los fondos privados, que tal precepto normativo había sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia es SL2324 de 2019 señalando que se había habilitado la operación simultánea del RPM administrado por el ISS y los fondos privados como administradores del RAIS, cuyo funcionamiento de estos obedecía a las disposiciones particulares creadas por la Ley para que pudieran satisfacer integralmente las obligaciones que son de su competencia; circunstancia de la que se desprende el papel fundamental que desempeñan las administradoras de fondos de pensiones en el correcto manejo del sistema de Seguridad Social en pensiones en cuanto a lograr una adecuada asesoría respecto a sus afiliados pues de ello depende la escogencia del régimen que más les convenga atendiendo a las necesidades sociales y económicas concretas, en ese orden de ideas, las entidades encargadas de su administración y dirección deben garantizar que existió una decisión informada y que esta fue la que determinó que el afiliado de manera autónoma libre y consciente, igualmente según decantado por la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL4964 del 2018, la elección de cualquiera de los dos regímenes deber ser voluntaria, requiriendo un suministro de información que conlleve a tener un libertad informada y la Ley sancionaba el incumplimiento de dicho deber de información ya que una aceptación genérica de las condiciones del RAIS no era suficiente para obtener una decisión informada por parte del afiliado y la prueba del deber de cuidado, le correspondía a quien había debido emplearlo, esto es a la AFP, demostrando que suministró la información para obtener dicho consentimiento informado por parte del afiliado. Indicó que como quiera que tal decisión traía consigo grandes repercusiones como es el derecho fundamental a la pensión, debe la información que debía suministrarse por parte de las administradoras de pensiones debe operar no solo como antesala de la afiliación sino también durante el proceso de traslado, informando los inconvenientes que puede traer su decisión, como lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, corporación que a su vez señalaba que se le debe poner de presente al afiliado en el acto de traslado las condiciones para el disfrute pensional, una información completa y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34202000194-01 Dte: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

comprensible, con la prudencia se sabe que ella tiene un sentido aquí cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales la elección del régimen pensional, deber que trascendía el de la simple información al del buen consejo que compromete a la administradora a un ejercicio más activo al proporcionar la información ilustración suficiente dar a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes.

Es así que se concluía que dicho deber de información debía ser demostrado por la AFP que promovió el traslado y por lo tanto debía proveer a los jueces de todos los medios todos los elementos de juicio para determinar cuál fue la información brindada al afiliado al momento de efectuar el traslado como lo había ratificado la sentencia SL1688 del 2019, deber que no se suplía con las leyendas de que la afiliación se realizaba de manera libre y voluntaria cuando las personas desconocían las verdaderas implicaciones de su decisión frente a sus derechos prestacionales, obligación que se encontraba prevista conforme al numeral 1 del artículo 97 de la Ley 663 de 1993 les corresponde a las AFP brindar la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen al tener la calidad de entidades de servicios financieros y entidades de la Seguridad Social, no pudiendo las AFP justificar su omisión en el deber de información señalando que este no existía, pues es claro que desde el año 1993 se consagraban las obligaciones de estas frente a sus potenciales afiliados, independientemente de si estos a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, eran beneficiarios del régimen de transición o contaban con expectativa legítima pensional, pues dicha información se debía suministrar a todos los afiliados.

Que para el caso bajo estudio, había quedado probado el traslado de régimen de la demandante a Davivir hoy Protección S.A., el 25 de noviembre de 1994 y a Colfondos el 30 de septiembre de 1999, y al respecto sólo se habían allegado al plenario los formularios de afiliación suscritos por dichas AFP, documentales que no eran suficiente para determinar que a esta se le ilustró respecto de las características de uno u



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34202000194-01 Dte: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

otro régimen, las ventajas y desventajas de la decisión a adoptar, de otro lado, en el recuadro donde reposaba la voluntad de afiliación de ser una manifestación libre espontánea y sin presiones del afiliado, tal circunstancia no determinaba el suministro de la información y del acervo documental no se lograba probar dicho suministro como quiera que la pasiva no presentaba pruebas de haber cumplido con la obligación que le imponía el Decreto 656 de 1993 cuál es la entrega del reglamento al momento de su vinculación, concluyéndose que las AFP demandadas omitieron el compromiso, por cuanto era allí donde el afiliado podía verificar si aquella ilustración era suficiente, de igual forma al practicarse el interrogatorio a la demandante y una vez que le fue preguntado si se le había suministrado por parte de Protección S.A., indicó que la asesoría brindada, se limitó a una fila en la que le entregaron a ella y otros empleados formulario de afiliación para firma y le indicaron que el ISS se iba a acabar al igual que la Caja de Previsión en la que se encontraba afiliada, expuso que no se le había hecho un comparativo pensional, ni modelo dicha índole del RAIS y que advirtió dificultades en el monto de la mesada pensional en el año 2020; razón por la cual, del acervo probatorio recaudado en y particularmente del interrogatorio de parte practicado a la demandante se determinaba la omisión de las AFP a las que se vinculó la demandante de suministrar la información suficiente para que tomara una decisión de traslado de manera consciente respecto a las consecuencias jurídicas de dicha decisión quedando igualmente demostrado. Que había lugar a verificar la existencia de vicio en el consentimiento de la demandante al momento de su traslado de régimen, en lo que correspondía al error en sentido estricto, se definía como la falsa noción de la verdad o la discrepancia entre una idea y la realidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 1511 del Código Civil, existiendo en el asunto bajo estudio error de hecho, por cuanto la demandada brindó a la demandante de manera distorsionada las calidades del producto que ofrecía, ya que no se le ofrecieron los medios suficientes que le permitieran reafirmar su decisión de traslado, tornándose nulas las afiliaciones de la actora en el RAIS por existir un error de hecho sobre la calidad de lo ofrecido, debiéndose declarar no probadas las excepciones de mérito que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34202000194-01 Dte: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

fueron formuladas por la pasiva, para lo cual, Colpensiones debía recibir nuevamente a la demandante en el RPM, por virtud de los efectos jurídicos de la nulidad, debiéndose restablecer las cosas al estado inicial aclarando que en la AFP Colfondos S.A., es donde reposan actualmente sus aportes, debiendo esta devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como son las cotizaciones bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos. Indicó por último que no había lugar a declarar probada la excepción de prescripción por discutirse derechos de naturaleza imprescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** indicó que en virtud a la libre escogencia de régimen pensional un trabajador podía optar por cualquiera de los dos previstos en la Ley, sin embargo si el afiliado encontraba que el régimen al que se encontraba afiliado no era el más conveniente a su situación pensional, la misma Ley contemplaba la posibilidad de trasladarse entre regímenes una vez cada 5 años y hasta cuando le faltaren 10 años para adquirir derecho pensional; con respecto a la nulidad, no se podía alegar la misma ya que se trataba de un error sobre un punto de derecho que no viciaba el consentimiento, que el traslado de la demandante se había realizado de manera libre y voluntaria conforme a las normas que regulaban los mismos para la fecha de su traslado.

Afirmó que para la fecha del traslado de la actora la entonces Superintendencia Bancaria había establecido que el único requisito sustancial para que el traslado de régimen fuera válido, era la suscripción del formulario de afiliación pues en él se consignaba la voluntad del afiliado de pertenecer a uno u otro régimen pensional y el afiliado aceptaba todas las condiciones del régimen al que quería pertenecer y el desconocimiento de cualquier disposición frente a este, no era excusa suficiente para solicitar la nulidad del traslado, máxime cuando las particularidades del RAIS se encontraban previstas en la Ley 100 de 1993, estando dicha información a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34202000194-01 Dte: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

disposición de los afiliados y según el artículo 9 del CC, la ignorancia de la Ley no servía de excusa, conforme lo había señalado la Corte Constitucional en sentencia C 993 de 2006.

Señaló por último que no era dable aceptar el retorno de la demandante al RAIS, dada la diferencia en la distribución de los aportes en los 2 regímenes, ya que la actora por más de 26 años, no ayudó a financiar las pensiones en el RPM y tal circunstancia significaba un detrimento patrimonial para Colpensiones.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora MÓNICA GÓMEZ, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la entonces Davivir hoy Protección S.A., el 25 de noviembre de 1994, como se verifica de copia del mismo, allegado por la demandada en mención en expediente digital.

En este orden y contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, el asunto bajo estudio, no se estudia bajo la óptica de la nulidad sino de la ineficacia, figura 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34202000194-01 Dte: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Porvenir en sus alegaciones ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Mónica Gómez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., AFP a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34202000194-01 Dte: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34202000194-01 Dte: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones en su recurso y alegaciones la documental contentiva de formulario de afiliación no resulta suficiente para concluir que se le hubiera brindado a la demandante, toda la información referente a su traslado de régimen pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, que se itera, ni siquiera obra en el proceso máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales del afiliado y ningún dato relevante a su situación pensional.

Aunado a lo anterior y continuando con la observancia del criterio jurisprudencial transcrito y tantas veces reiterado, se concluye que contrario a lo señalado por Colpensiones, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información en los términos antes señalados y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, arribando luego de efectuar dicho estudio la decisión de primer grado a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio para el caso particular de la demandante, conclusión que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, pues se itera, la firma del formulario de afiliación no resulta suficiente al efecto como lo pone de presente la parte demandante en sus alegaciones.

Es así como en estos casos, y contrario a lo manifestado por entidad recurrente, no hay lugar a estudiar la existencia de error de derecho alegado por dicha entidad, por tanto no se invocó tal circunstancia, de igual forma, de igual forma, la parte actora alegó la ineficacia 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 **esa figura de la ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34202000194-01 Dte: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 igual forma, tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en recurso y alegaciones, según el cual de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Ahora bien, en grado de consulta a favor de Colpensiones se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración por parte de Colfondos S.A., los que 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 y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de***



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34202000194-01 Dte: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.

Por lo señalado en precedencia, se **modificará** el numeral SEGUNDO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los mismos, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a aportes, rendimientos, cotizaciones, bonos pensionales, y sumas adicionales de la aseguradora.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, no se puede considerar libre y voluntario; circunstancia que impone **modificar** el numeral primero de la decisión de primer grado en cuanto a que como se señaló en aparte pertinente cuando se alega la falta de información como ocurre en este caso, la figura que tiene lugar es la **ineficacia**, debiéndose modificar la sentencia en tal sentido.

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:



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34202000194-01 Dte: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO***R E S U E L V E:**

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de sentencia recurrida en el sentido de declarar la **ineficacia** del traslado pensional allí descrito realizado por el demandante al RAIS, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de **gastos de administración**, durante la vigencia de la afiliación del demandante al RAIS.

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

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34202000194-01 Dte: MÓNICA SOFÍA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .

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

PROCESO ORDINARIO No. 35-2018 678 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARIA CRISTINA CONFORTI ROJAS
DEMANDADO: COLPENSIONES y otros

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 veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 18 de junio de 2020, por la apelación, presentada por la demandada PROTECCIÓN y COLPENSIONES y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última.

ANTECEDENTES

La señora **MARIA CRISTINA CONFORTI ROJAS**, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad e ineficacia del traslado que efectuara al RAIS, por no habersele proporcionado por parte de Protección S.A., información completa y comprensible acerca de las consecuencias de su traslado, por lo que debe



12

**Proceso Ordinario Laboral No. 35 2018 678 01 Dte: MARIA CRISTINA
CONFORTI ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que el asesor utilizó argumentos de venta frente a la demandante como que no se iba a poder pensionar en el Instituto de Seguros Sociales porque se iba a acabar.
- Que el asesor le indicó que se podía pensionar en cualquier edad, pero no le explicó la afectación de aquello sobre su mesada pensional y sobre su bono pensional.
- Que no le informaron sobre las ventajas, o desventajas de trasladarse del régimen.
- Que le entregaron información en forma sesgada y por ello suscribió el formulario de vinculación a PROTECCIÓN.
- Que por lo anterior, solicitó la nulidad de la afiliación, pero la misma le fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, manifestó ser ciertos los enlistados en los numerales 1 a 4, 14, 16 y 17. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada.

Por su parte, OLD MUTUAL S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones relacionadas en los numerales 2 y 3 declarativas y a la totalidad de las pretensiones de condena, respecto de los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1, 3, 5, y 14, para los demás señaló que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa y buena fe.

Finalmente, la demandada PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, aceptó los



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 35 2018 678 01 Dte: MARIA CRISTINA
CONFORTI ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

demandante, contaba con una vasta, suficiente y certera información al momento de firmar el formulario de afiliación, siendo entonces nula la afiliación efectuada por la actora al RAIS y como quiera que le era más fácil, aportar la prueba al proceso en razón a su posición, como quiera que la mayoría de los afiliados, eran ignorantes en estos temas; nulidad que tenían como efecto retrotraer la cosas al estado en que se encontraban antes de efectuarse el traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

Señaló la demandada **Colpensiones** que el despacho daba aplicación de manera indebida al art. 1604 del CC ya que no atiende el mismo estatuto, que prohíbe alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos, error de derecho y de esta manera es necesario demostrar la existencia de un vicio del consentimiento.

Se considera entonces que no existen elementos de juicio que permitan establecer error o inducción al error como vicio del consentimiento por la deficiencia o la asesoría que se aduce, menos aún el dolo o engaño, ya que la demandante conocía las características del régimen de ahorro individual, como se desprende de su interrogatorio, aunado a que realiza aportes voluntarios con el fin de aumentar el valor de la mesada pensional.

Así mismo señala que en este proceso, la afiliación en cualquiera de los dos regímenes comprende un acuerdo de voluntades que lo convierten en un contrato que reúne características de tipo contractual, y debe tenerse en cuenta que la demandante ha guardado silencio y este debe tenerse en cuenta como la toma de una decisión consiente de sus efectos legales.

Aunado a o anterior, al momento del traslado, la demandante contaba con 37 años de edad, tenía una licenciatura en filosofía, era magister, por lo que no se está ante una persona que no tenga las condiciones y capacidades intelectuales para tomar una decisión libre y voluntaria.



**Proceso Ordinario Laboral No. 35 2018 678 01 Dte: MARIA CRISTINA
CONFORTI ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

En este orden, si bien se peticiona la declaratoria de ineficacia de la afiliación realizada, lo cierto es que se alega como consecuencia de la falta de información en dicho acto, caso en el cual, lo pretendido se debe abordar bajo la óptica de la ineficacia, figura 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; oportunidades en 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; 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.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 35 2018 678 01 Dte: MARIA CRISTINA
CONFORTI ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Conforme criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo el argumento, según el cual, la administradora no estaba en el deber de soportar la información brindada a la fecha del traslado de la actora; cuando lo cierto es que como tantas veces lo ha señalado la línea jurisprudencial aplicable en estos casos, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 35 2018 678 01 Dte: MARIA CRISTINA
CONFORTI ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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 y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen no existió y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado; aspecto respecto del cual procede señalar a esta recurrente que el concepto a que alude también en sus alegaciones expedido por la Superfinanciera, no es de obligatorio observancia por parte de esta jurisdicción, como quiera que tal índole sólo la ostentan los pronunciamientos del organismo de cierre de la misma, esto es, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que, se deberá devolver los gastos de administración, deducidos durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicha AFP.

Así mismo, esta Colegiatura encuentra que efectivamente, se demuestra en el expediente que la demandante cuenta con un nivel educativo superior, por sus diferentes logros académicos en filosofía, no obstante lo anterior, esta circunstancia no es óbice, para suponer, que es especialista en temas pensionales, o proyecciones, o cálculos actuariales, ya que como insistentemente lo ha señalado nuestro órgano de cierre, lo que se busca establecer es la información que brindó la demandada al momento de la



17

**Proceso Ordinario Laboral No. 35 2018 678 01 Dte: MARIA CRISTINA
CONFORTI ROJAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

ORDINARIO No. 35-2019-205-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JUAN CAMILO URBINA VALBUENA

DEMANDADO: NUDOLDS

MAGISTRADA PONENTE

DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor JUAN CAMILO URBINA VALBUENA, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de RESTAURANTE NUDOLS, representada por NATHALI ORJUELA, para que mediante el trámite de un proceso ordinario se declare que existió contrato de trabajo entre las partes el cual terminó por culpa del empleador. Solicita Salarios, prestaciones. (Expediente Digital).

Se aclara que posteriormente la demanda fue admitida en contra de NATHALI ORJUELA QUINAYA, COMO PROPIETARIA DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL NUDOLDS.

Fundamenta sus pretensiones en que el demandante se vinculó a NUDOLS, desde el 27 de marzo de 2017, como repartidor domiciliario en motocicleta, con contrato verbal, en cuantía de \$1.300.000, que el 25 de mayo de ese año el demandante sufrió un accidente, no grave, pero con 5 días de incapacidad, luego de la cual fue despedido vía telefónica, que la demandada adeuda salarios, liquidación e indemnización. (Expediente Digital).

Por su parte la demandada, contestó oponiéndose a todas y cada de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aseguró que la demandada

nunca contrató al actor que al parecer se vinculó con una franquicia, desconociendo absolutamente la contratación de demandante, que la incapacidad aportada no corresponde a un accidente de tránsito y que tampoco es cierto que hayan despedido al demandante porque nunca lo contrataron, en consecuencia, dice desconocer los hechos. Propuso las excepciones de ineptitud sustancial de la demanda, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de pruebas sobre la causación de perjuicios, inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la calidad de representante y genérica. (Expediente Digital)

Tramitada la primera instancia, el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia calendada tres (3) de junio de 2021, por la que resolvió ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones y CONDENAR en costas a la parte demandante. (Expediente Digital).

Para llegar a esa decisión en síntesis afirmó el Juez: “...Se determinará si se probó la existencia del vínculo laboral deprecado y de ser así, se deberá establecer si hay lugar a impartir condenas por salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y demás conceptos laborales. En cuanto a la existencia del contrato de trabajo manifiesta el demandante de que estuvo vinculado con Nudols desde el 27 de marzo 2017 en el cargo de repartidor domiciliario con una remuneración mensual de \$1.300.000 mil pesos, sobre el particular debemos señalar de acuerdo con las medidas de saneamiento adoptadas en el auto del 11 de diciembre del año 2019 y en la audiencia celebrada el 27 de mayo 2021, se tuvo para todos los efectos como demandada a la señora Nathali Orjuela Quinaya, quién es propietaria del establecimiento de comercio Nudols, de acuerdo con la anterior la demandada Natali Orjuela Quinaya dentro de la contestación de la demanda ha mantenido y sostenido que nunca ha sido empleador del actor debido a que no existió prestación personal del servicio, remuneración y subordinación. La señora Orjuela Quinaya dentro de su contestación como dije no ha aceptado ser empleadora del aquí demandante.

Para estudiar los elementos que conforman la relación de trabajo que se predica en la demanda vamos a valorar las pruebas en conjunto de acuerdo con lo señalado en el artículo 61 del código procedimiento de trabajo, en consecuencia se aportó el certificado de matrícula del establecimiento de comercio denominado Nudols del cual se advierte que su propietaria es Natali Orjuela Quinaya y que el mismo se encuentra ubicado en la avenida Calle 39 número 88-5 Bogotá según se desprende del archivo primero de folios 11 y 12 del expediente digital, a folios 13 a 18 del archivo 1 expediente digital aparece citación para diligencia de conciliación y acta de no comparecencia expedidas por el Ministerio del trabajo, en los folios 19 y 20 del archivo obra una comunicación fechada el 13 de junio de 2017 dirigida a Nudols en donde el demandante solicita el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones resaltando que esta comunicación se recibió por Erika Castro con número de identificación 101.667.968, en el folio 21 de dicho archivo digital está un volante publicitario de Nudols encontramos que la documental aportada por la demanda no fue objeto de tacha de falsedad por lo cual es susceptible de ser considerada y valorada como prueba y refutada auténtica según lo dispuesto en el artículo 54 A del Código de procedimiento del trabajo, se escuchó el interrogatorio de parte a instancias de la demandada quien manifestó ser propietaria del establecimiento Nudols chapinero, para el efecto señala que en el año 2017 en Bogotá existieron 7 Restaurantes con dicho nombre de los cuales 4 de ellos pertenecían a la sociedad Ornayas S.A.S, también aclaró que Nudols colina era un establecimiento de comercio de propiedad del señor César Mora y Nudols cedritos del señor Cristian Figueroa, señaló la declarante que el dueño de cada restaurante contrataba a sus

propios trabajadores; por su parte el demandante al absolver su interrogatorio de parte Indicó que no tuvo contacto físico con la señora Natali Orjuela Quinaya ni presencial o sea directo con ella, que al momento de haber sido contratado diálogo con una señora con este nombre que le indicó cuál iba a ser su horario de trabajo, ese diálogo lo hizo telefónicamente pero no tiene certeza si es la misma persona que es la que está aquí demandada, el actor manifestó que la labor fue desarrollada inicialmente en Nudols colina en dónde recibió órdenes de Diego Nicolás, de Cesar Arley sin precisar sus apellidos y posteriormente fue trasladado a Cedritos, resaltó que los pagos de su salario lo recibía de manera quincenal y directamente entre César en colina y Diego Nicolás Arias en cedritos, finalmente señaló que Natali Orjuela nunca le efectuó pagos directamente.

De otra parte se escuchó la declaración de Nicolás Orjuela quien manifiesta ser hermano de la demandada y dueño de la marca Nudols, precisó el testigo que para el año 2017 existieron en Bogotá 5 restaurantes con esa marca sin embargo los de cedritos y Colina existían **bajo el modelo de franquicia y eran de propiedad de los señores César Mora y Cristian Figueroa**, señaló también el declarante que cada franquicia operaba por cuenta de cada propietario, quiénes fueron autónomos para la contratación de sus trabajadores, por último precisó que la demandada únicamente era propietaria del establecimiento de comercio Nudols Chapinero, también se escuchó la declaración del testigo Cristian Biscardi quien manifestó ser amigo del demandante a solicitud de este que se trajo este testigo, pero dijo no conocer a la demandada y a pesar de ello señala que el demandante trabajó en el puesto de comidas llamado Nudols y que este era de propiedad de Natali Orjuela Quinaya, desconoce la fecha de vinculación, clase de contrato, quiénes fueron sus jefes y cuál su salario señaló que le consta que el señor Juan Camilo Urbina Balbuena laboró en la calle 157 porque el demandante le contó, pero nunca ingresó a dicho establecimiento, por su parte se trajo también como testigo de la parte actora a la señora María José Osorio quien señalo ser amiga del demandante e indicó que este trabajó para la empresa Nudols Colina y Cedritos y que desconoce las fechas de prestación de servicios y datos relevantes para la materia laboral.

Ahora bien, para determinar si entre las partes en efecto existió un contrato de trabajo el despacho debe señalar el artículo 24 del código sustantivo del trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal se rige por un contrato de trabajo esto significa que a la parte demandante le corresponde demostrar la prestación personal del servicio es lo que la ley exige y la interpretación jurisprudencial sobre la materia, a esa prestación del servicio debe ser a favor del demandado para que pueda dar lugar a la aplicación de la presunción referida es decir la existencia del contrato de trabajo, ha señalado la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral entre otras en sentencias 41224 de 2011, SL 6576 de mayo 2015 y SL4668 de 2018 y la SL 623 de 2019 qué demostrada la prestación personal del servicio y por ende aplicada la presunción de que dicha relación se rigió por un contrato de trabajo le corresponde a la parte demandada desvirtuarla ya sea mediante la demostración de otro nexo contractual diferente al del trabajo o acreditando la ausencia de subordinación pero se repite para que pueda presumirse la existencia del contrato de trabajo, es apremiante que se acredite la prestación personal del servicio. **Revisado el caudal probatorio agregado al expediente y reseñado en precedencia debemos indicar que no fue allegado al proceso prueba que refleje la prestación personal del servicio por parte del demandante o que refleje acuerdo laboral alguno o pago de salarios; como quiera que de acuerdo con lo demostrado en este expediente la demandada Nathali Orjuela Quinaya únicamente fue propietaria del establecimiento de comercio ubicado en el barrio chapinero y de acuerdo con la confesión efectuada por el demandante tanto en su interrogatorio de parte como del libelo inaugural, las labores fueron desarrollados en los puntos del mismo establecimiento de comercio pero ubicados en el barrio cedritos y colina respectivamente cuyos propietarios eran César Mora y Cristian Figueroa según declaraciones del testigo Nicolás Orjuela y que coinciden con lo propiamente indicado en la demanda, adicionalmente encontramos que el actor confesó que nunca prestó sus servicios para la señora Nathali Orjuela**

Quinaya, pues nunca tuvo ningún contacto con ella, si bien asegura que en alguna oportunidad tuvo una conversación telefónica manifiesta que no tiene certeza que hubiese sido la misma persona que en esta oportunidad aparece como demandada, adicionalmente hacemos notar que el demandante también confesó que su salario era cancelado por el señor César Mora cuando trabajo en colina y por Diego Nicolás Arias cuando prestó sus servicios como domiciliario en cedritos, aunado a lo anterior los testigos Christian Biscardi y María José Osorio no pudieron dar certeza sobre los hechos debatidos en este juicio pues si bien han manifestado uniformemente que Juan Camilo Urbina Balbuena aquí demandante laboró para el establecimiento de comercio Nudols a dichas declaraciones se les debe restar credibilidad, pues señalaron que les consta estos hechos debido a que el demandante se los contó aunado a que también debemos mencionar que ninguno de los declarantes laboró en esos establecimientos para que les permitieran tener conocimiento directo de la forma como presuntamente se desarrolló en contrato de trabajo, sumado al hecho que los declarantes manifestaron no conocer a la señora Nathali Orjuela e insistieron ambos muy honestamente que jamás, en ninguna oportunidad ingresaron a dicho establecimiento ni siquiera en calidad de visitantes y que no tuvieron contacto ni con los dueños ni con los empleados de dicho establecimiento sino que supone que todo era por la relación que tenía directamente con el demandante y alguno de ellos lo esperaba generalmente afuera lo mismo que su amiga quién fue eventualmente cliente de alguno de estos establecimientos de comercio.

Tenemos que para alcanzar entonces el propósito esbozado, es decir la prestación personal del servicio debe aportarse una prueba certera por parte del demandante para que esta autoridad judicial pueda calificarla como quiera que es deber aplicar el principio jurídico según el cual quién alega la existencia de una obligación deben probarla así como también quién alega haberla extinguido está en el deber de comprobar su afirmación regulado en los artículos 1757 del código civil y 167 del CGP que tienen expresión latina basada en la obligación de demostrar lo que se está firmando para que el juez pueda darle el efecto jurídico que tienen las normas en que se pretende aplicar y lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia, concluimos que no se aportó entonces prueba de los servicios que dijo la parte actora haber desplegado de manera personal como domiciliario a favor de la señora Nathali Orjuela Quinaya y que permite aplicar la presunción contenida en el artículo 24 del código sustantivo del trabajo por la razones anteriormente expuestas por lo que es claro que el derecho laboral en aras de proteger siendo un derecho social y en garantía de equilibrar las relaciones laborales se tiene que arrimar los medios probatorios para determinar a ciencia cierta si lo que se afirma en la demanda está debidamente soportado.

Como un argumento adicional que nos presentaron en los alegatos de conclusión por parte del actor, existe una llamada o que existen unos documentos que no fueron allegados al expediente manifiestan no haberlos tenido en su oportunidad pero estos datos no pueden ser evaluados toda vez que no fueron considerados como prueba en el momento procesal oportuno, también advertimos como se dijo en su momento cuando hicimos el saneamiento de litigio que la empresa Nudols no es una persona jurídica sino un establecimiento de comercio y los establecimientos de comercio de acuerdo al código de comercio no tienen personería jurídica y por lo tanto aquí el despacho hizo el ajuste correspondiente para determinar qué Natali Orjuela fuera la persona demandada sin embargo el demandante deberá revisar quién era su verdadero empleador si pretende que se le reconozca alguna relación laboral, pero en el caso de autos que estamos evaluando no se pudo verificar la prestación personal del servicio a favor de Natali Orjuela Quinaya quien Resulta ser la demandada de acuerdo con la demanda y lo demás documentos que se allegaron al proceso y según se dejó sentado al momento de la fijación del litigio y del saneamiento del proceso.

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación afirmando: “...En este tipo de proceso es supremamente delicado allegar unas pruebas, al trabajador no le es dado solicitar y cuestionar a su

*empleador toda documentación necesaria para que esté convencido tanto el propietario o representante legal de que va hacer su patrón, **en caso tal lo único que hace el trabajador, obviamente es que la persona lo llama diciéndole el horario, atenta a todo lo que se le ordene, pues cumple con su labor y punto, ya, es muy complicado pues estipular como lo dijo mi poderdante quién es esa persona que habla tras una línea telefónica, simplemente él se limita a cumplir las órdenes que se le digan, dada la necesidad que tiene trabajar, pero parece ser que en este proceso se ha trabajado es con unos certificados de cámara de comercio donde para todo el mundo es muy difícil de concluir quien es propietario, el primero en el que se conoció cuando se instauró la demanda la señora Nathali y el demandante pues siempre afirma que habló con ella, obviamente como usted lo dice pues queda muy difícil establecerlo, parece ser que esto es una técnica pues para evadir todas las prestaciones de tipo laboral en consecuencia señorita apeló la decisión tomada en este momento.***

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandante y demandada, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, se resolverá el argumento central del recurso, destacando la Sala que es escaso y que solo indica la dificultad de establecer o probar quien fue quien contrató al actor, insistiendo en que si se laboró independiente de lo que considera una técnica para evadir prestaciones, al existir varios propietarios de franquicias.

Entonces lo primero que debe recordarse es que la actividad probatoria de quien alega la existencia de una relación laboral en la cual concurrió como trabajador, debe conducir al fallador por lo menos a la certeza no solo **acerca de la efectiva prestación personal del servicio, en las condiciones materiales en que eventualmente se desempeñó y durante unos extremos temporales determinados, sino también a que persona natural o jurídica se le presta.**

Así las cosas, le asiste razón al Juez cuando afirma que para que se abra paso la presunción de contrato de trabajo, establecida en el art 24 del C P del T y de la S S, -presunción que le otorga una ventaja probatoria al demandante pues será quien niega el contrato quien deba desvirtuarla, - **el demandante debe probar la prestación personal del servicio, esto es el primer elemento esencial del contrato de trabajo de los tres que contempla el art 23 del CST.**

En este caso tal y como señaló el Juez no hay prueba alguna de la prestación personal del servicio **a la acá demandada, ni el demandante lo sabe e incluso en**

el recurso se señala que es difícil saber quién contrata cuando es vía telefónica y con esta orfandad probatoria, siendo el demandante el obligado a probar este primer elemento del contrato; no hay lugar ni siquiera a dar paso a la presunción.

No sobra agregar que las presunciones establecidas por la ley “serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados”.

Respecto al tema de los alcances de la prestación del servicio resulta ilustrativa la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Mayo 31/65, quien desde esa época señaló:

*“No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. **Esta presunción, como las demás de su estirpe, parten de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es la “relación de trabajo personal”** de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido, en la prestación o ejecución de **un servicio personal** materia o inmaterial continuado, dependiente y remunerado”.*

Luego en este caso efectivamente contrario a lo señalado por la parte demandante también en sus alegaciones, no operó ni siquiera la presunción de contrato de trabajo y menos aún que los servicios, se itera, lo fuesen en favor de la demandada en este proceso, luego en este orden de ideas, forzoso es concluir en la confirmación de la decisión de primera instancia, sin más consideraciones por innecesarias.

Sin costas en esta instancia.

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:

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- COSTAS. 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.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 35-2019-321-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUIS ALFONSO ARENAS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Leidy Carolina Fuentes Suárez, 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 veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), 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 partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 9 de junio de 2020.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor LUIS ALFONSO ARENAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900321-01 Dte: LUIS ALFONSO ARENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de la afiliación al RAIS que realizara el 1 de octubre de 1999 a través de la AFP Porvenir S.A., condenando a esta última a trasladar a Colpensiones todos los aportes por él realizados junto con rendimientos, solicita se condene a esta última a aceptar su traslado y recibir los dichos aportes y a reconocerle pensión de vejez junto con retroactivo pensional a partir del 26 de septiembre de 2017.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 26 de septiembre de 1955, por lo que alcanzó los 62 años en el 2017, que se afilió al RPM el 18 de enero de 1985 régimen al que cotizó hasta el año de 1999 acumulando un total de 767 semanas cotizadas, que en agosto de dicha anualidad cuando se encontraba afiliado al ISS, una asesora de Horizonte Pensiones y cesantías, se acercó a la sociedad en la que laboraba y lo persuadió a él y a sus demás compañeros para que se afiliaran a dicho fondo asegurándoles que el ISS se iba a liquidar y que ese fondo les brindaría mejores garantías pensionales.

Por lo anterior procedió a afiliarse a Horizonte fondo al que cotizó desde octubre de 1999 hasta abril de 2014 un total de 620 semanas, que si bien en varias ocasiones se acercó a las instalaciones de Horizonte esta nunca le brindó información sobre sus condiciones pensionales y solo hasta la fecha en que cumplió la edad para el efecto, esta AFP le señaló que su pensión ascendería al SMLV, mientras que de haber permanecido en el RPM, esta ascendería al doble, por lo que indica se siente engañado al haber sido persuadido por lo señalado por Porvenir S.A. al momento del traslado y el 11 de enero de 2019, agotó reclamación administrativa ante esa AFP y ante Colpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 6, 8 y 9 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900321-01 Dte: LUIS ALFONSO ARENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

que denominó validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó el contenido en numeral 6, manifestó no constarle el No. 1 y 2 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NULO el traslado efectuado por el demandante al RAIS a través Porvenir S.A., ordenando a esa AFP a trasladar a Colpensiones todos los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con rendimientos.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Porvenir S.A., asumir con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración durante el tiempo en que permaneció afiliada la actora a cada una de las AFP.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a volver a afiliarse al demandante al RPM y recibir todos los aportes objeto de traslado.

CUARTO: CONDENAR en costas a Porvenir S.A.

QUINTO: ABSOLVER a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que lo pretendido era la nulidad de traslado al fondo Porvenir S.A., por falta al deber de información, a lo que las demandadas se habían opuesto indicando que le brindaron a la demandante la información referente a su traslado, esto es, sobre los aspectos generales del RAIS y que su traslado fue voluntario sin que tuviera lugar ningún vicio en el consentimiento en dicho acto. Indicó el juzgador que no se pretendía la aplicación de los efectos de las sentencias C 789 de 2002 o la C 1024 de 2004, ni en la SU 062 de 2010, conforme al documento de folio 68 del expediente, la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual en el año 1999, a través de Porvenir S.A.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900321-01 Dte: LUIS ALFONSO ARENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Que en virtud de lo pretendido había lugar a aplicar la línea jurisprudencial en cuanto al deber de información en el traslado de régimen pensional proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la que no se aplicaba de manera automática, sino que había lugar a estudiar el caso particular del demandante, por lo que Porvenir S.A., en virtud de la inversión de la carga probatoria, tenía el deber de demostrar haberle brindado toda la información necesaria al señor Arenas para que adoptara la decisión que le fuera más favorable, en cuanto al régimen al que quería estar afiliado, siendo esta la administradora la que promovió el traslado del RPM al RAIS, ya que tal afirmación de no recibir información correspondía a un supuesto negativo y así lo dijo dicha corporación en la sentencia 31314 de septiembre de 2008, el 30 de julio de 2014, en sentencia 46902 en la que reiteró que la distribución de las cargas de la prueba ha hecho tránsito a un esquema más flexible, basado en que quien tenga en su poder una prueba, se espera que la aporte y esté en el deber de allegar al juicio con mayor razón si ella le resulta favorable. La afiliación al régimen, entonces, conllevaba el derecho a la información y el de que se brinde un estudio integral, dándole a conocer a los afiliados las ventajas y desventajas, teniendo cuidado en no menoscabar los derechos a la seguridad social, y llegando incluso a poner de presente condiciones más desfavorables, así las sentencias 31988 y 31314 de 2008, reiterada posteriormente en la 33803 de 2011 y en la SL12136 de 2014, se ha indicado que la información debe comprender todas las etapas del proceso, las administradoras de pensiones entonces tienen el deber de darle al interesado una información completa y comprensible a la medida de la simetría, dice la corte, entre las partes, entre un experto y un afiliado lego en materias complejas como las pensiones, y esta información, insiste la corte, se hace con la prudencia de quien sabe el alcance de que el potencial afiliado pueda tener, cuando se tratan de asuntos de consecuencias mayúsculas, para elegir el régimen en el cual debe de estar afiliado, el engaño entonces que se alega, dice la corte, es el deber de información en que incurrió la administradora en asunto neurálgico como lo es el derecho a pensión, insiste la Alta Corporación que dicho deber no se limita a la firma del formulario, ya que este no refleja el pleno conocimiento de las implicaciones del traslado de régimen.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900321-01 Dte: LUIS ALFONSO ARENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Indicó conforme lo anterior que Porvenir no había probado haber suministrado la información en los términos señalados a la demandante, concluyéndose que la misma no había contado con la información relevante al respecto; habiéndose configurado ineficacia en la afiliación en los términos anotados por la Corte Suprema de Justicia; que en cuanto a la afirmación del demandante respecto a que su mesada pensional de permanecer en el RPM, sería superior a la que recibiría en el RAIS, conforme el artículo 167 del CGP, allegó evidencia de las proyecciones pensionales, elaboradas en ambos regímenes, las que al compararse, evidenciaban que en efecto, le es más favorable el cálculo de su mesada de haber permanecido en el RPM, ya que es ostensiblemente mayor, acreditándose la afirmación del demandante en tal sentido, esto es, que su traslado de régimen desinformado, le generó un perjuicio; es así como al no haber probanza del deber de información por parte de las AFP convocadas, había lugar a declarar la nulidad de la afiliación realizada por esta y frente a los efectos de dicha figura la Corte había indicado que su consecuencia era no producir efectos, no pudiéndose derivar ningún derecho entre el actor y la demandada, debiendo entonces Porvenir asumir los gastos de administración durante el tiempo de afiliación de la demandante y efectuar el traslado de los aportes junto con rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones y debía asumir con su propio patrimonio la disminución del valor en la mesada pensional de la demandante, debiendo Colpensiones recibir como afiliado al actor al régimen que administra.

Indicó en cuanto al reconocimiento pensional deprecado que los documentos allegados al efecto por la parte actora eran insuficientes ya que no se demostraba que se hubiera radicado solicitud en tal sentido ante Colpensiones y si bien en el derecho de petición solicitó ante Colpensiones el reconocimiento pensional, sólo con esta decisión se había declarado la nulidad de traslado y sólo una vez Colpensiones contara con los recursos objeto de traslado podría estudiar dicho reconocimiento.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900321-01 Dte: LUIS ALFONSO ARENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** indicó que era procedente reconocer la pensión reclamada por cuanto conforme la Ley 100 de 1993, el demandante ya cumplía con los requisitos de edad y semanas de cotización, habiendo cotizado más de 28 años y no debía obligársele más tiempo para reconocer esta prestación a su favor.

Por su parte, **Colpensiones** indicó que la decisión de primer grado, realizaba un aplicación indebida del artículo 1604 del CC, como quiera que este indicaba que la prueba de la diligencia y cuidado incumbía a quien debía probarlo y la prueba del caso fortuito a quien se le ocasionó y para el caso bajo estudio el demandante no había probado el perjuicio que se le irrogó con el traslado que efectuó de manera libre y voluntaria en agosto de 1999, no obrando prueba alguna de dicho perjuicio, señaló que los pensionados y afiliados contaban con el deber de asesorarse y el demandante había manifestado que en el 2005 se había acercado a la AFP siendo esa la oportunidad para retornar al RPM, no obstante no lo hizo y dejó su situación pensional al azar, aunado a ello desde 1999 fecha del traslado el demandante guardó silencio y este era entendido como la toma de una decisión consciente de permanecer en el RAIS.

Afirmó que aceptando el retorno del actor al RPM, se estaría fomentando la descapitalización del mismo por cuanto Colpensiones no contaba con proyecciones que permitieran conocer cuál sería el valor de las mesadas pensionales a que tendría derecho, afectándose la sostenibilidad financiera de la entidad y en cuanto al reconocimiento pensional no era competencia de Colpensiones por virtud del traslado del actor, siendo Porvenir S.A., la que debía reconocer el derecho pensional.

La demandada **Porvenir S.A.**, indicó en su recurso que el demandante no lograba acreditar la existencia de un vicio del consentimiento en el acto del traslado y de acuerdo con lo señalado por el mismo demandante, él había tenido muchas oportunidades para conocer las condiciones y características propias del régimen al que se afilió y no se podía perder de vista que se estaría



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900321-01 Dte: LUIS ALFONSO ARENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

desconociendo el principio de aplicación inmediata de la Ley en el tiempo y en el espacio ya que tales características estaban consignadas en la ley 100 de 1993.

Indicó que para la fecha de traslado del actor no se exigía el deber del buen consejo, sino únicamente la información en relación con las condiciones y características del régimen, lo que no contenía en sí mismo elaboración de proyecciones pensionales, teniendo en cuenta la baja densidad de cotizaciones que tenía el demandante a la fecha de su traslado y en caso de confirmarse la nulidad, se absuelva a esa entidad de efectuar el traslado de gastos de administración, ya que se había demostrado que con la gestión de esa AFP, la CAI del demandante había acrecentado en 46 millones de pesos, lo que significaba que la labor de esa AFP se cumplió y los gastos de administración estaban encaminados a compensar esa labor profesional.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor LUIS ALFONSO ARENAS, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la entonces Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., el 15 de octubre de 1999, como se verifica de copia de dicha documental visible a folio 262 de expediente digital, allegada por la AFP en mención.

En este orden, si bien se petitionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicado respecto de dicha figura 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 señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900321-01 Dte: LUIS ALFONSO ARENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo señalado por Porvenir S.A. en su recurso. ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Luis Arenas, se le hubiera brindado alguna información o



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900321-01 Dte: LUIS ALFONSO ARENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., a la que se trasladó la demandante proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, máxime cuando el señor Arenas en su interrogatorio de parte señaló que le costaba leer ya que no distinguía muy bien el alfabeto, por ello, no es de recibo el argumento de esta recurrente, según el cual los afiliados tienen que consultar el texto de la Ley para dar suplido el deber de información, ya que de cara al sistema **todos** son afiliados con independencia de su nivel de escolaridad y por ello se le impone a la AFP el deber de expresarles de manera clara las consecuencias del traslado **en su caso particular**, información que tampoco se encuentra en el texto de la Ley.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900321-01 Dte: LUIS ALFONSO ARENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo la afirmación de la recurrente Porvenir S.A., según la cual, para la fecha de traslado de la demandante a las administradoras del RAIS, no le asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993, y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900321-01 Dte: LUIS ALFONSO ARENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

De igual forma, contrario a lo señalado por Porvenir en su recurso y por Colpensiones en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio en el consentimiento alguno, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

De igual manera y si bien como lo indica Colpensiones en sus alegaciones, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y el afiliado está relevado de probar la existencia de perjuicio alguno, no obstante ello y contrario a lo señalado por la apoderada de esta entidad, en el trámite procesal sí que acreditó con proyección pensional el perjuicio económico que se causaría al actor frente a la cuantía de su mesada pensional en el RAIS, fondo al que se trasladó de manera desinformada.

Ahora, en cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso como en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el 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 del actor a órdenes de Colpensiones, junto con gastos de administración.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900321-01 Dte: LUIS ALFONSO ARENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Por otra parte y en cuanto al argumento de Porvenir S.A., esbozado en su recurso y alegaciones referente al traslado de los gastos de administración, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado como lo indicara el juzgador de primer grado y en caso de que los mismos ya hayan sido destinados, esta administradora debe asumirlos con su patrimonio como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

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 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto y conforme la óptica respecto de la cual se debe estudiar lo peticionado es la ineficacia como lo ha señalado la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento antes citado, se **modificará** el numeral **PRIMERO** de la sentencia recurrida, para en su lugar, declarar la INEFICACIA del traslado efectuado por el demandante al RAIS a través de PORVENIR S.A. en el año de 1999.

Por último, a juicio de esta Sala, 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, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900321-01 Dte: LUIS ALFONSO ARENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO***PENSIÓN DE VEJEZ**

Sobre este punto, observa la sala que no hay lugar a variar la decisión de primer grado en cuanto dispuso la absolución de esta pretensión; lo anterior, por cuanto no es dable condenar a Colpensiones a reconocer pensión a favor del aquí demandante como quiera que únicamente lo puede hacer una vez sean trasladados por parte de Porvenir los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual el reconocimiento pensional en este momento se torna improcedente para Colpensiones y deberá ser efectuado una vez cuente con los dineros objeto de traslado a dicho fondo.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de sentencia recurrida, para en su lugar declarar la INEFICACIA del traslado efectuado por el demandante al RAIS, en el año de 1999 a través de PORVENIR S.A., indicando que el traslado de aportes allí dispuesto, debe incluir lo descontado por concepto de gastos de administración.

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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900321-01 Dte: LUIS ALFONSO ARENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 36-2017-919-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: RENÉ ANDRÉS MORENO MORALES

DEMANDADO: AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, el día quince (15) de junio de dos mil veintiuno (2021), en cuya virtud se declaró probada la excepción de cosa juzgada y se ordenó la terminación del proceso. (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandante la que redirige sus alegaciones a los fundamentos de su recurso y las de la parte demandada quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

HECHOS

El señor **RENÉ ANDRÉS MORENO MORALES**, actuando a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **AEROVIAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL SA**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se le condene a pagar recargos salariales por trabajo en dominicales y festivos desde el 1 de mayo de 2010 y hasta el 28 de febrero de 2015, reliquidación en consecuencia de prestaciones, vacaciones y aportes, al pago de indemnizaciones moratorias y costas del proceso. (Expediente Digital).

La demanda fue contestada a través de apoderado, quien entre otras propuso la excepción previa de cosa juzgada; señalando que el 14 de diciembre de 2014 el demandante suscribió un contrato de transacción y terminación del contrato por mutuo acuerdo. (expediente Digital).

La Juez 36 laboral del Circuito la declaró probada y en consecuencia ordenó la terminación del proceso afirmando en síntesis: *"... Entrará entonces el despacho a resolver sobre esa excepción previa de cosa juzgada que efectivamente como lo menciona el apoderado el extremo demandado, la fundamenta la empresa encartada en el documento o contrato de transacción que firmó con el demandante el 10 de diciembre del año 2014 y que según se indica al momento de proponerse la excepción con ella se transaron la totalidad de las eventuales reclamaciones y discusiones derivadas del vínculo laboral por lo que refiere que hizo tránsito a cosa juzgada de conformidad con el artículo 15 del CST, transacción en virtud de la cual adicionalmente al demandante se le pagó una suma de\$ 48,827,000 mil pesos. Como sabemos el artículo 32 del CPTSS, faculta al operador judicial para resolver con el carácter de previa la excepción de cosa juzgada la cual según el artículo 303 del CGP se configura cuando existe identidad de partes, identidad de causa e identidad de objeto en proceso anterior en el que se haya decidido en forma definitiva el conflicto sometido a consideración jurisdiccional obviamente enfocada a cuando hablamos de una cosa juzgada respecto de una sentencia pero que sabemos la transacción tiene estos mismos alcances por ejemplo según la definición que trae el artículo 2469 del Código Civil, que nos señala que es un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, qué son los alcances que en sentir de la demandada se le dieron a este documento firmado entre los hoy extremos de la Litis, si entramos a revisar entonces ese documento aportado por el mismo demandante con el escrito que da inicio a la presente actuación judicial obra a folios 23 y 24 del expediente físico en el archivo de PDF los folios 41 y 42 donde está digitalizado el proceso **y vemos que efectivamente allí tenemos las mismas partes, la misma causa, allí suscribieron el documento el representante de la sociedad Aerovías de Integración Regional Aires plan Colombia Airlines S.A por un lado y el señor René Andrés Moreno Morales,** que además ese contrato surgió a raíz de la de la vinculación laboral que tenía el demandante, con la empresa uno de los primeros acuerdos justamente es que las partes han decidido dar por terminado ese contrato de trabajo a partir del día 28 de febrero del año 2015, a la finalización de la jornada laboral de ese día y en lo que concierne al objeto miramos en el numeral tercero por ejemplo que allí se acordó que con el fin de precaver cualquier futura o cualquier reclamación futura por derechos que puedan ser discutibles, la empresa ofrece y el trabajador acepta el reconocimiento y pago de los beneficios que allí más adelante se establecen a fin de transigir cualquier derecho incierto que a futuro pueda ser reclamado judicialmente; en el numeral cuarto tenemos ese valor de \$48,827,000 por bonificación por retiro, además una cobertura de 3 meses más en medicina prepagada después de la terminación del contrato y a continuación tenemos una manifestación adicional, el acuerdo de las partes de precaver cualquier litigio eventual que pudiera presentarse en razón del desarrollo y terminación de la relación laboral, la naturaleza de los pagos recibidos por el ex trabajador y la forma de terminación del contrato hemos decidido estoy leyendo textualmente transigir esas posibles diferencias por todo derecho incierto y discutible con los beneficios descritos en el numeral tercero de este documento con los cuales además acordamos que serán imputables a cualquier posible acreencia laboral que resultare de ver aerovías de integración regional Aires S.A, Lan Colombia Airlines S.A a la ex trabajadora y los cuales para ningún efecto constituyen salario.*

Entonces no solamente las partes determinaron allí dar por terminado el vínculo, sino justamente precaver cualquier litigio eventual que pudiera presentarse como justamente lo es esta contienda que actualmente está conociendo el despacho y de hecho, como se acaba de mencionar también mencionaron que la suma pagada incluso podría llegar a ser imputable a cualquiera acreencia laboral que resultare de

ser la empresa demandada dentro de las cuales podemos entender efectivamente que se encontrarían entonces las relativas a unos eventuales recargos por trabajo nocturno dominical y/o festivo que básicamente corresponden a las pretensiones principales de la demanda y que de allí se derivan otras como las de reliquidación de prestaciones sociales y demás, efectivamente de acuerdo con el escrito de subsanación de la demanda que obra en el expediente físico a partir del Folio 87 en el archivo de PDF Folio 339 en adelante tenemos que las pretensiones elevadas por el señor Moreno Morales corresponden a recargos salariales generados en razón de trabajo, jornadas nocturnas dominicales festivas del 01/05/2010 al 28/02/2015 y de allí como lo mencioné ya existen otras pretensiones que sería la reliquidación o las diferencias de auxilios de cesantías entre los años 2011- 2015 intereses de cesantías, primas de servicio, vacaciones y lo relativo a los aportes al sistema de Seguridad Social en pensiones en salud en riesgos laborales más las indemnizaciones moratorias por no consignación completa de cesantías, por no pago oportuno de los intereses de cesantías, respecto del no pago oportuno de los aportes a Seguridad Social y la indemnización del artículo 65 del código sustantivo del trabajo.

Para continuar con el análisis el despacho considera necesario traer a colación una decisión de la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que es del 29 de junio del año 2007 expediente de radicación 6428 y en los que estableció que los efectos de la transacción son 1. el cambio de una relación jurídica incierta, en otra que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y sus alcances y 2. la terminación de un proceso judicial o si no se ha dado el mismo la imposibilidad de los contratantes de llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo y también allí la Corte además señaló que en la transacción es dable distinguir un doble cometido y por ende que sus efectos se irradian también en 2 sentidos o direcciones, por una no hay duda que el referido negocio atañe al derecho sustancial de quienes lo celebran pues mediante él se muda o cambia una relación jurídica dudosa o incierta en otra distinta o diversa que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances desapareciendo así la controversia que precisamente mediante la transacción se deja solucionada y de otra parte la aludida negociación jurídica abarca también la actividad litigiosa de sus partícipes sea que entre ellos ya exista un proceso judicial o que aún no se haya dado inicio al mismo, en el primer supuesto la transacción ocasionó la terminación de la correspondiente desavenencia en la forma que regula el artículo 340 del CPC, la sentencia fue de antes de la expedición y entrada en vigencia del CGP y respecto al segundo efecto se dice en esta sentencia que impedirá a los contratantes en línea de principio llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo y con relación a este punto pues justamente vemos que efectivamente aun existiendo una transacción, conciliación incluso ante expertos del trabajo laboral o algún otro documento al que se le pueda dar ese alcance efectivamente se puede convertir ante los operadores judiciales como por ejemplo los recordó también la Sala de Casación Laboral en este caso lo remitimos a la sentencia SL 2051 del 09/05/2018 radicación 62049 en la que pues se habló de una conciliación pero reiteró pues sirve a los casos de resolver esta excepción cuanto al efecto de cosa juzgada y en está la Corte refiere que cuando se dice que la actual conciliación hace tránsito a cosa juzgada se está asegurando que no podrá adelantarse contra ella acción judicial posterior con el fin de revivir los asuntos conciliados que de hacerse el juez deberá declararla probada aun de oficio estamos hablando de la excepción de cosa juzgada debido a que la conciliación tiene la misma fuerza obligante de una sentencia, también allí la corte dijo sin embargo y aquí voy a leer textualmente puede ordenarse judicialmente la nulidad de un acta de conciliación cuando se afecte cualquiera de los elementos de un contrato es decir cuando se actúa sin capacidad o voluntad ,cuando la referida actuación verse sobre un objeto o causa lícita, cuando se trate de la revisión del reconocimiento de sumas periódicas o de pensiones de cualquier naturaleza impuestas al Tesoro Público, a un fondo de naturaleza pública situaciones en las que el mecanismo acto para la enervación de las transacciones o conciliación judicial es la revisión contemplada en el artículo 20 de la ley 797 del 2003, es decir si la parte que firmó el acuerdo considera que en el contenido de la conciliación existe un vicio del consentimiento, un objeto, o una causa ilícita con las salvedades anotadas o una violación de derechos ciertos e indiscutibles podrá acudir ante la

jurisdicción mediante un proceso ordinario de competencia del juez laboral según las reglas que fija el CPTSS.

Esta sentencia que estoy mencionando esta parte es hacer una cita que trae esa sentencia pero ya como tal en las sentencias 2018 también la Corte a continuación dijo no hay lugar a dudas entonces reiterando lo dicho que la conciliación en materia laboral es un mecanismo legítimo para la finalización de un conflicto entre las partes que por regla general hace tránsito a cosa juzgada, sin embargo si del acuerdo conciliatorio se desprende que alguno de los intervinientes actúa sin capacidad o carente de voluntad libre e informada cuando la referida actuación varía sobre un objeto o causa ilícita o suponga una violación de derechos ciertos e indiscutibles el acuerdo podrá ser impugnado judicialmente para restarle validez y endilgar los efectos jurídicos que le son propios y ya en lo que tiene que ver pues justamente con lo que son derechos ciertos e indiscutibles en esa misma sentencia cuando se habla de la definición de los mismos que quedan excluidos expresamente cualquier conciliación o transacción en contraposición a los derechos inciertos en pie y discutibles que sí pueden tomar parte en aquellos actos en esta sentencia se recordó lo dicho por la Corte en torno a lo siguiente “los derechos ciertos e indiscutibles hacen relación a aquellos cuya previsión normativa resulta inequívoca concurriendo además los supuestos de hecho exigidos a favor de quien los reclama de suerte que cuando no hay norma que expresamente los contempla o imprecisión, oscuridad o ambigüedad, vacío o laguna en éstas o simplemente no hay medio de prueba o con suficiente entidad que acredite sus supuestos de hecho o precepto alguno que exima de aportarlo al proceso puede afirmarse válidamente que el pretendido derecho no tiene la connotación de certidumbre e indisputabilidad por la ley reclamada y por tanto no hay nada que impida su disponibilidad o renuncia, no obstante al parecer como acreditó las anteriores exigencias su reconocimiento puede verse afectado por hechos que impidan su nacimiento, lo modifiquen o incluso lo extingan situaciones todas ellas que sólo pueden ser resueltas a través de la providencia judicial que ponga fin a la controversia así suscitada” y también más recientemente en la sentencia SL 1185 la Corte recordó este criterio anteriormente referido de carácter cierto indiscutible de un derecho laboral que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación y que surge el cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica con que lo consagra y aquí había agregado la Corte una cita dentro de la sentencia del 2019 en la que se dijo que por lo tanto un derecho será cierto, real, innegable cuando no haya dudas sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad para concluir que lo que hace entonces que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existen discusiones diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento pues de no ser así bastaría que el empleador a quien se le atribuye la calidad niegue o debata la existencia de un derecho para que ésta se entienda indiscutible lo que desde luego no correspondería con el objetivo de la restricción y más adelante en esta misma sentencia la 2015 más adelante no en la misma sentencia unos apartes más atrás la corte pues recordó 2 efectos o en qué consiste una conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos a través del cual 2 o más personas solucionan por sus mismas sus controversias, hasta este punto pueden aplicarse esas directrices respecto de un contrato de transacción, la Corte recordó que por tratarse de un negocio jurídico en el que se verifica un acuerdo de voluntades pues hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo pero no tiene prácticamente los mismos méritos de una sentencia judicial y también recordó que para que una conciliación pierda validez se debe demostrar que existió algún vicio del consentimiento de alguna de las partes a saber error fuerza o dolo o que tiene objeto ilícito.

En el presente asunto tenemos que la parte demandada cuando propone la excepción previa en Folio 358 del expediente físico o 428 en el archivo de PDF refiere en el escrito de demanda no se señaló algún tipo de vicio en el consentimiento que invalide la firma del acuerdo transaccional razón por la cual él mismo surte plenos efectos jurídicos y por ende debe prosperar la mencionada excepción y efectivamente si revisamos nuevamente el contenido de la demanda pues ya vimos lo relativo a las pretensiones y concluimos desde allí entonces que en

aparte alguno efectivamente el extremo accionante solicita al despacho que declare la nulidad de ese acuerdo transaccional por existir eventualmente algún vicio de consentimiento o eventualmente por haber girado efectivamente respecto de algún derecho que se pudiera entender como cierto e indiscutible. Primer punto por el cual el despacho considera que habría efectivamente lugar a declarar la excepción de cosa juzgada, reitero la parte actora no está pidiendo que ésta sea invalidada de manera total o parcial ni señala específicamente cuál sería esa falencia presentada al momento de suscribir ese acuerdo entre las partes para restarle con ello esa validez a efectos de servir como una sentencia judicial con efectos de cosa juzgada, adicional a ello y si revisamos los hechos en los cuales se fundamentaron esas pretensiones en gracia de discusión aplicando el despacho o entendiendo que puede aplicar las facultades del artículo 50 del CPTSS y entrar a resolver un fallo extra o ultrapetita, tenemos que allí tampoco el demandante mencione de manera alguna que en efecto se haya presentado algún vicio en torno a la celebración de ese acuerdo transaccional sea por alguna situación personal como si fuera por ejemplo una fuerza o ya en cuanto al objeto del documento ilícito ya que la única mención a ese documento se incluyó en el hecho 17 de la demanda, en el escrito de subsanación están los folios 290 archivo de pdf en el folio 345 y allí el apoderado de las demandantes señaló textualmente que las partes suscribieron un acuerdo de terminación del contrato de trabajo elaborado por la empresa en el cual se determina el pago de una suma de dinero para precaver eventuales reclamaciones por derechos inciertos que a futuro pueda ser reclamado judicialmente, reitero tampoco habrían hechos por los cuales el despacho pudiera entrar a analizar que efectivamente se dio esa circunstancia pero eventualmente de no haber respetado esa transacción, el contenido por ejemplo del artículo 15 del CST que sabemos refiere que la transacción es válida salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles como él mismo apoderado del demandante lo acaba de mencionar al descender del traslado de la excepción previa formulada pues tan sólo fuere la acápita del fundamento de derecho de esa demanda, la demanda inicial, como tal se llaman razones fundamentos de derecho obra a partir del Folio 5 del expediente físico en el archivo de PDF los vemos a partir del Folio 9 y allí se reiteró si se hizo alguna mención respecto de ese documento de transacción en el que se habló de la terminación por mutuo acuerdo del contrato suscrito el 10/12/2014, se hizo mención a la cláusula cuarta y también a la cláusula quinta y se indicó que ese acuerdo se había suscrito con base en el artículo 15 del CST que determina que es válida la transacción en los asuntos de trabajo salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles y ahí fue donde se hizo una exposición en cuanto a que cuando se trata de hechos ciertos indiscutibles lo acordado no tiene efecto y que justamente por ello fue que la aquí demandante el 13/01/2015 presentó a la entidad una reclamación para la cancelación de los dineros dejados de percibir por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos laborados pero entonces como ya lo venía diciendo el despacho para significar que al no haberse pedido alguna anulación o una nulidad de ese acuerdo transaccional el despacho tiene que darle todos sus efectos de cosa juzgada, ya leímos detenidamente el contenido del acuerdo y vemos que efectivamente las partes pactaron que con ello cubrirían incluso cualquier acreencia de naturaleza laboral que eventualmente llegare a reclamar el demandante con esta cifra que ofreció o pago en virtud de la conciliación y que no puede entrar el despacho reitero en este momento a considerar que verso sobre algún derecho eventualmente cierto o indiscutible en tanto que así pues no fue planteada la demanda esos no fueron los alcances sin que sobre mencionar cómo se expuso en las sentencias hace un momento mencionadas de la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral, que la certeza del derecho no solamente tiene que ver con la naturaleza del mismo como aparentemente lo entiende el apoderado del demandante quien dice que por el hecho de estarse reclamándose recargos por trabajo nocturno dominicano festivos, ya con ello podemos hablar de un derecho cierto como las sentencias lo mencionaron pues para ello no solamente debemos verificar cuál es el derecho que se está reclamando sino también que se verifique la concurrencia de los supuestos de hecho exigidos a favor de quien lo reclama entonces no solamente es un tema normativo sino también de verificación de los medios de prueba o de que de alguna manera se pueda determinar efectivamente que se está tratando de derecho cierto aquí de hecho hay una

contienda importante respecto de las pruebas, la parte demandada se opone a gran parte de esa documental o la desconoce de la aportada por el demandante concretamente todos estos cuadros que según el actor demuestra los días en que prestó el servicio en jornadas nocturnas dominicales o festivas que van a partir del folio 58 del expediente en el folio 76 en el archivo de PDF en tanto que refiere que allí no se indica de manera alguna quien elaboró el documento ni mucho menos que proviene específicamente de la demandada también se opone a ese aporte de los correos electrónicos simplemente impresos o de mejor puestos correos electrónicos ya que no fueron allegados al expediente en el mismo medio en el que fueron elaborados estos documentos y pues con ello tampoco encuentra el despacho si es que allí se hubiera planteado la Litis gracia discusión, de manera preliminar qué es lo que nos permite en este momento decidir con base en las pruebas recopiladas que tampoco podríamos simplemente decir que en este caso se trata de un derecho cierto que no fue objeto de la conciliación pues reitero, ello parte también del análisis de lo probado y con ello de los supuestos de hecho como dijo la Corte que para el despacho tampoco se encuentran suficientemente acreditados a fin de restar validez como tal en este momento a la transacción firmada por las partes por lo que sin más consideraciones declarará efectivamente probada la excepción de cosa juzgada con lo que se da entonces por finalizado el presente proceso...”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpone recurso manifestando: “...Los fundamentos del recurso de manera breve me permito exponer en referencia a los 2 temas que han sido materia de tratamiento aparte que el juzgado al proferir el fallo en el sentido que en primer lugar, no hay digamos la certeza de la existencia del derecho que se reclama y en segundo lugar relacionado con la parte probatoria que es de manera muy rápida y superficial analizada por el representante de la administración de justicia, la señora Juez, como bien se señaló también al citar el juzgado los hechos de la demanda en el numeral 18 se indicó claramente que las partes suscribieron un acuerdo de terminación del contrato de trabajo elaborado por la empresa con el pago de una suma de dinero para recaer eventuales reclamaciones por derechos inciertos que a futuro puede ser reclamado judicialmente, la señora juez reclama del porque no se solicitó la nulidad o la invalidez del acuerdo de transacción, es que el propio acuerdo de transacción tiene los elementos de juicio que permite a la parte demandante presentar la acción por medio de la cual pretende que de acuerdo con las pretensiones de la demanda se les reconozcan unos derechos que tienen que ver con el trabajo de dominical y festivo y unas consecuencias que se derivan de allí, esa consideración que fue desarrollada en los fundamentos y razones de derecho que hacen referencia a ese hecho que es el hecho número 18, deben permitir a la administración de Justicia entrar a considerar el efecto de los hechos manifestados por la parte demandante cuando se dice que el trabajador laboró en jornada nocturna dominical festiva y el empleador dice que pagó todo lo que le debía el empleador estaba en la obligación porque le corresponde probar lo relacionado con los pagos salariales efectuados al trabajador, está en la obligación de demostrar allegando la prueba de que pagó recargos nocturnos dominicales y festivos y en toda la documentación que allega la parte demandada como prueba de los pagos efectuados al trabajador en ninguna parte observa que haya pagado recargos por trabajo dominical nocturno, dominical y festivo, de manera que desde el punto de vista normativo existe el mandato de que el trabajo jornada nocturna dominical y festivo debe pagarse, lo que el juzgado no puede desconocer dándole prevalencia a una formalidad de un documento que se denominó transacción entre las partes efectuando el análisis a favor de la parte demandada en el sentido de decir que allí se incluyeron derechos como los que se está reclamando por parte del demandante, porque es evidente que la ley determina la existencia del derecho eso en lo que lo que tiene que ver con la parte normativa y para no hacernos excesivos en el argumento y en relación con las pruebas el juzgado no solamente desde el momento mismo en que admitió la contestación de la demanda que por un formalismo violatorio el artículo constitucional que ordena la prevalencia al derecho sustancial frente al derecho adjetivo, el juzgado consideró que estaba bien contestada la demanda cuando es evidente que en el texto de la contestación de la demanda, no obstante que el demandante señala que los turnos que correspondían fueron notificados por parte de la demandada a través de una

serie de mecanismos que esta misma parte menciona como notificaciones personales, como publicación de malla de turnos y como correos electrónicos, se abstuvo de allegarlos al proceso y la norma procesal laboral ordena que el empleador que es el que tiene la documentación relacionada con la relación laboral y tiene digamos por el papel que juega en la relación laboral toda la posibilidad de guardar esa documentación y él y la misma parte demandada señala que así le notificaba los turnos al trabajador estaba en la obligación de allegarlos al despacho, no obstante el juzgado omitió la obligación que tenía de verificar la existencia de esos requisitos y declaró admitida estando debidamente contestada la demanda en clara violación del derecho espacial.

*No obstante que jurisprudencialmente se señala resulta de que el juez tiene el poder de señalar mediante un auto de sustanciación que la demanda está bien contestada, entonces es una falencia enorme del juzgado, del debido proceso; no obstante esa carga procesal y el requisito establecido en el código procesal y en la jurisprudencia sobre el carácter del auto del juez que señala se trata de un acto de sustanciación el señalamiento de que la demanda estaba debidamente contestada pues tuvimos que atenernos, pero esa falencia está ahí dentro el expediente está demostrada pero además existe la norma procesal laboral que indica la validez de las copias, de los propios correos electrónico como mensajes de datos y la validez que a las mismas copias se le otorgan y es obvio que quien emitió el correo electrónico quién tiene el mensaje de datos completo es la entidad demandada y el juzgado no soslayó esa obligación de la entidad demandada y digamos la liberó la obligación de allegar esos documentos pero existen testimonios solicitados para demostrar que el evento ocurrió es que la indiscutible unidad del derecho no implica que no exista prueba alguna, obvio que hay que debatir en el curso del proceso la existencia del derecho si esta la norma está la evidencia de que la persona trabajo en turnos dominicales y festivos existen los correos electrónicos, existe la norma que le da alcance a las copias de esos correos electrónicos y otras pruebas de las cuales existen indicios de que es evidente que la empresa sí tenía un mecanismo para ordenar esos turnos y que tenía que allegarlos al expediente, los 2 elementos de la parte normativa de la parte probatoria para el desarrollo y demostración de la certidumbre e indiscutibilidad, del derecho están dadas, entonces aquí debería haber tomado en consideración dicha circunstancia para señalar que no podía prosperar la excepción de cosa juzgada porque como bien nos lo ha dicho la corte también en algunos pronunciamientos y en este caso cito las sentencia 67312 del 13 de noviembre del año 2019 en el cual fue magistrado ponente Dr. Omar de Jesús Restrepo de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en uno de sus apartes cito; dice lo primero que debe prestarse es que en efecto la cosa juzgada es una atributo que ampara las decisiones judiciales transaccionales o conciliaciones, asimismo que las 2 últimas son válidas siempre y cuando no se trate de derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores **y el propio texto del acuerdo señala que esta transacción no tiene efectos en relación con derechos ciertos e indiscutibles** por eso es que nada podría atacar la nulidad de la transacción porque es que la misma transacción lo dice, esto que estamos haciendo no tiene ningún efecto en relación con derecho cierto e indiscutible por lo tanto esa es la razón y el fundamento por la cual la parte demandante es simple y llanamente refiriéndose al acuerdo transaccional de la terminación del contrato de trabajo, usando el mismo documento pretende demostrar que ese trabajador sí laboró jornada nocturna dominical y festiva, que la ley establece una relación para las mismas jornadas y que el empleador no la pagó y no ha probado que haya pagado estando obligado a demostrar que lo haya pagado debe prosperar la pretensión del reconocimiento de dichos recargos y por lo tanto con base en dicha apreciación fundamento lo expuesto...”*

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS, en el que la parte demandante afirma en síntesis que no hay cosa juzgada tratándose de derechos ciertos e indiscutibles y que justamente se

demostrará que el demandante laboró en dominicales y festivos que esas jornadas no fueron pagadas y por ello el acuerdo no tiene los efectos dados por la Juez.

Debe resaltar la Sala que el fenómeno de la cosa juzgada como medio exceptivo previo, tiene como finalidad precaver desgastes innecesarios de la administración de justicia, al atender conflictos que ya han sido solucionados por uno de los mecanismos de solución establecidos constitucionalmente.

Proseguir en consecuencia con el estudio de un nuevo proceso, para definir asuntos ya resueltos, conllevaría necesariamente a una repetición o a una contradicción de lo ya tratado en sentencias ejecutoriadas, **en acuerdos con efectos de cosa juzgada, como la transacción y la conciliación**; contraviniendo con ello la eficiencia, celeridad y economía de la administración de justicia, además de principios de tan importante observancia como la seguridad jurídica.

Efectivamente el artículo 303 del CGP señala los requisitos para la configuración de la cosa juzgada, esto es la identidad jurídica respecto del objeto, causa y partes intervinientes, entre los dos procesos. Requisitos que, deben ser observados y verificados de manera estricta; y que desde ya la Sala advierte se encuentran configurados.

Y es que el concepto de cosa juzgada como figura procesal, no se opone, desde luego a principios constitucionales, por el contrario, es en nuestra carta política en donde se garantiza que, **una vez resuelto un asunto por el Juez competente, o por las mismas partes en acuerdo válidamente celebrado, no puede volver a ser presentado.**

En los términos analizados resta subrayar que la legislación laboral le imprime los efectos de cosa juzgada a la transacción que celebren las partes en conflicto, que una vez así suscrita se reviste con una presunción de legalidad propia de todos los actos suscritos formal y voluntariamente, **y que a la vez sólo puede ser desvirtuada por la plena prueba de la afectación de derechos ciertos e indiscutibles o la presencia de vicios en el consentimiento de quienes la suscriben.**

Ello en virtud de que la transacción, es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, con suficiente legitimidad en virtud de su reconocimiento constitucional y legal **y respecto del cual se ha dicho que es un acto serio y responsable de las partes, que no puede desconocerse de manera ligera.** En otros términos, la transacción, como mecanismo de justicia alternativa, consensual o autocompositivo, ostenta todo el amparo de la Ley y por ello se rodea de los efectos de cosa juzgada,

que le brindan protección contra posibles desconocimientos de los acuerdos obtenidos por las partes, **que solamente se pueden fundar en situaciones bien determinadas y plenamente probadas que afecten su validez.**

En cuanto a que se afecten derechos ciertos e indiscutibles, debe advertirse que los derechos peticionados por el actor en este proceso, esto es labora en dominicales y festivos y por ende reliquidación de prestaciones, no pueden ser más inciertos, en palabras del recurrente se pretende probar que se laboraron y no fueron pagados y en las de la demandada lo contrario, luego transarlos como en efecto hicieron las partes se adecua a la ley como acertadamente consideró la Juez.

En los anteriores términos, le asiste plena razón a la juez de instancia, en cuanto antepuso al estudio concreto de las pretensiones, los efectos de cosa juzgada derivados del acta de la transacción suscrita entre las partes, pues no se demostró ninguna vulneración de derechos ciertos e indiscutibles ni la presencia de alguna situación que viciara el consentimiento del demandante; estudio juicioso; nada ligero como sostiene el recurrente y sin duda basado en un pleno conocimiento de lo que es un derecho cierto e indiscutible que como vemos, en este caso salta a la vista no lo es.

Vale recordar se itera, que el artículo 15 del CST dispone que en los asuntos del trabajo la TRANSACCIÓN es válida, salvo que se trate de derechos inciertos y discutibles. 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.**

Es justamente entonces necesario precisar que un derecho cierto es ese sobre el cual no recae ninguna duda, **respecto a la existencia de los hechos que le dan origen y por tanto existe certeza sobre su exigibilidad, saltando a la vista que demostrar que se laboraron dominicales y festivos cuando ello es negado, como en este caso, se opone a simple vista esa certeza; luego transarlos como en efecto sucedió resulta valido y con efectos de cosa juzgada.**

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada que llegó a idéntica conclusión.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado.

.

SEGUNDO: COSTAS. No se causan en la alzada.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY



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

PROCESO ORDINARIO No. 39-2019-0018-01

ASUNTO: CONSULTA

DEMANDANTE: CENOVIA CANTOR CORTES

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –
EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA

**MAGISTRADA PONENTE:
MARLENY RUEDA OLARTE**

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. LADY VIVIANA PEREZ AFRICANO identificada con C.C. 53.080.385 y T.P. 187.827 del C.S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de la demandada en los términos y para los efectos del poder conferido a ella.

En Bogotá, a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), 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 39 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el día 17 de febrero de 2021.



ANTECEDENTES

La señora Cenovia Cantor por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que entre la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL y la demandante, existe un contrato de trabajo que se encuentra vigente desde el 1° de octubre de 1993 desempeñando el cargo de operaria.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al cumplir los requisitos establecidos en el Decreto 1214 de 1990, junto con el pago del retroactivo pensional, indexación, intereses moratorios y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, nació el 27 de septiembre de 1971; que se vinculó al servicio del Ejército Nacional, en el Batallón de Intendencia Las Juanas, mediante contrato de trabajo verbal a partir del 1 de octubre de 1993, en condición de trabajadora oficial, para desempeñar el cargo de operaria de sastrería, servicios que indica ha prestado de manera continua e ininterrumpida, bajo continua subordinación y dependencia del Ejército Nacional.

Que a partir del 1 de junio de 1994 suscribió contrato de trabajo escrito a término fijo el cual finalizó el 31 de diciembre de 1994, y que a partir del 1 de enero de 1995 firmó nuevo contrato de trabajo a término fijo, el cual se prorrogó por periodos iguales hasta el 30 de noviembre de 2016, fecha en la que presentó la renuncia al cargo. Que como último salario percibió la suma



**Proceso Ordinario Laboral 39 – 2019 – 0018 – 01 DTE: CENOVIA CANTOR CORTES DDO:
NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**

de \$1.005.065; que labora de lunes a sábado en turnos rotativos en jornadas de 8 horas; que ha prestado sus servicios a la demandada por más de 20 años como trabajadora oficial; considera que tiene derecho a la pensión de jubilación establecida en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

Que el 25 de marzo de 2015 elevó petición ante el Ministerio de Defensa Nacional solicitando el reconocimiento pensional, agotando la vía gubernativa; que mediante oficio de fecha 14 de mayo de 2015 se niega la pensión reclamada, decisión que fue objeto de recurso de reposición y en subsidio de apelación, confirmándose la decisión el 30 de julio de 2015.

Que mediante oficio del 1 de septiembre de 2011 la entidad solicitó el diligenciamiento del formato N°7 y la presentación de algunos documentos para proceder al reconocimiento y pago de la pensión reclamada, y que, si bien en el mismo no se relaciona a la demandante, si aparecen personas que están en idénticas circunstancias que la demandante, quien diligenció en su totalidad el formato requerido y lo presentó junto con los documentos exigidos el día 22 de octubre de 2015.

Refiere que mediante oficio de fecha 29 de octubre de 2015 el subdirector de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional remitió ante la Dirección de la entidad la petición de la demandante, solicitando la remisión de la hija de vida de servicio para adelantar el trámite respectivo. Que posteriormente con fecha 25 de abril de 2016 la subdirección de personal del Ejército Nacional manifestó que no hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al no ser beneficiaria del régimen establecido en el Decreto 1214 de 1990, sino de la Ley 100 de 1993, razón por la cual negó el derecho.



Insiste en que reúne los requisitos establecidos en el artículo 98 del Decreto 1211 de 1990, y, por ende, tiene derecho a la pensión de jubilación que se reclama.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada fue admitida mediante auto del 4 de septiembre de 2019. La convocada contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 4, 9, 12 a 17, y 19 a 22. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: prescripción; e, inexistencia del derecho.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que existió una relación laboral entre CENOVIA CANTOR CORTÉS, por un lado, como trabajador, y la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, por el otro, como empleador desde el 1 de octubre de 1993, hasta el 30 de noviembre de 2016, sin interrupción alguna.

SEGUNDO: CONDENAR la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a pagar la pensión de jubilación de que trata el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 a CENOVIA CANTOR CORTES, a partir del 1 de diciembre de 2016, en cuantía mensual, a partir de \$967.656.

TERCERO: CONDENAR la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a pagar a CENOVIA CANTOR CORTÉS, cada una de las mensualidades de la pensión de jubilación indexadas conforme la formula que se indicó, que corresponde a: $VA = VH \times IPC \text{ FINAL} / IPC \text{ INICIAL}$.



**Proceso Ordinario Laboral 39 – 2019 – 0018 – 01 DTE: CENOVIA CANTOR CORTES DDO:
NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1.480.000.

SEXTO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior por resultar adversa a la NACIÓN.

(...)

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

“Consideró el juzgado conforme el jurídico planteado de acuerdo a las pretensiones de la demanda, sobre la existencia del contrato de trabajo entre el 1 de junio de 1993 hasta el 30 de noviembre de 2016; que es necesario establecer si las actividades desarrolladas por la actora se encuentran dentro del art 132 del decreto 1214 de 1990 que indica quienes son trabajadores oficiales, que no basta con acreditar el contrato sino que hay que revisar la naturaleza jurídica de la entidad y de las pensiones para establecer si podía o no vincularse por contrato de contrato.

Que existe norma que indica que las personas que desarrollan actividades de confección pueden ser vinculada por medio de contrato de trabajo y en ese orden serían trabajadores oficiales; que conforme el art 23 y 24 del CST y el principio de realidad, normas que se aplican al caso de los trabajadores oficiales; que a folio 7 obra constancia emitida por el oficial seccional atención al usuario mediante el cual se hace constar que la actora laboró en el batallón de intendencia las juanas, que incluye el contrato 420 con fecha inicial 1 de junio de 1994 al 31 de dic de ese año y del 1 de enero de cada año hasta el 31 de dic de 2004, contrato 72 del 1 de marzo 2005 hasta el 10982 con fecha final 30 de octubre de 2016, para un total de 22 años, 2 meses y 28 días; a folio 8 constancia del 23 de junio de 2016 expedida por el comandante del mismo batallón en el que se dijo que la actora se desempeña como operaria con trato laboral desde el 1 de junio de 1994 prorrogado con acta 10982 hasta el 31 de dic de 2016 devengando un salario básico mensual de \$1.005.065; a folio 9 renuncia de la actora; a folio 10 a 18 contrato de trabajo 420 a termino fijo con fecha de inicio del 1 de junio de 1994 hasta el 31 de dic de igual año; a folio 19 a 21 planillas de pago de octubre a dic de 1993 en el que aparece la dte; no se allega contrato 1336 del 2004.

Se logra establecer un indicio a favor de la demandante sobre la prestación del servicio para el año 1993, aparecen planillas de pago a favor de ella de octubre a diciembre de 1993, los que por si solos no acreditan la prestación del servicio por si solos, como quiera que se registra en las planillas de pago que se hacen a personal ocasional y solo aparecen tres meses de pago, sin que aparezca acreditada la prestación del servicio de enero a mayo de 1994, sin embargo, el vacío se suplió con los testimonios recaudados quienes



**Proceso Ordinario Laboral 39 – 2019 – 0018 – 01 DTE: CENOVIA CANTOR CORTES DDO:
NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**

manifestaron que fueron compañeros de trabajo de la actora desde octubre de 1993 y que jamás se separaron de su cargo al igual que la actora; que si bien los mismos fueron tachados por la parte pasiva por tener un proceso similar, para el juzgado no prospera la misma, ya que no se evidenció el interés de beneficiarse de los mismos, que son personas que trabajaron para la demandada, y que conocen las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que se desarrolló la labor por la actora.

Que se evidencia que para el 1 de octubre de 1993 la demandante estuvo vinculada para el Ejército Nacional conforme a las planillas denominadas de personas ocasionales de su análisis se evidencia que se pagaba un sueldo completo de 130 mil pesos y para diciembre aparece un valor menor lo que coincide con el hecho que para ese mes salían a vacaciones, que además el vacío de enero a mayo se llena con los testimonios de Luz Parra, Rosa Cortez, y Carmen Cecilia Garavito, quienes señalaron ser compañeras de la demandante, estar vinculadas para la misma época, octubre de 1993 especificando que no hubo una interrupción de la prestación del servicio desde el 1 de octubre de 1993, que llama la atención que el Ministerio en la contestación de la demanda no haya referido sobre una vinculación como trabajadora ocasional como aparece en las planillas, no hizo referencia a ello, como para que pudiera justificar que ello fue esporádico y que solamente se dio en esos tres meses nunca se hizo referencia a esa contratación.

Que Carmen Garavito dijo que para octubre de 1993 fueron vinculadas mas o menos 12 o 13 personas por la necesidad del ejército de realizar esas prendas, que diligenciaron hojas de vida, y que les informaron que el contrato se firmaría en enero de 1994 lo que no sucedió y lo fueron aplazando hasta que se firmó el contrato en junio de 1994, lo que coincide con el dicho de las demás demandantes que inicialmente el contrato fue verbal y solo hasta junio de 1994 que se formalizó con la suscripción de un contrato.

Que hay inconsistencias no solo en la contestación al no referir el trabajo ocasional registrado en las planillas, sino en la certificación a folio 8 se señala trabajó como operaria con un contrato laboral que inicio el 1 de junio de 1994 prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2016, lo que muestra que la dte estuvo de manera continua por lo menos desde el 1 de junio de 1994, y en el año 1995 hay un lapso que no está registrado en los contratos de trabajo, esto es, el contrato 420 de 1 de junio de 1994 al 31 de dic de 1994 y los otros contratos que van desde el 1 de enero de cada año hasta el 31 de dic de 2004 y solo viene después un contrato escrito el 72 desde el 1 de marzo de 2005 esos dos meses no estarían regentados por contrato de trabajo y lo que riñe con la certificación es que se certifica es que hubo continuidad de la demandante y las testigos manifestaron que ella jamás se separó del cargo, situaciones que refuerzan el dicho de los trabajadores y es que efectivamente para el 1 de octubre de 1993 no les hizo suscribir contrato pese a estar vinculada la demandante al servicio, certificación que fue dada el 24 de junio de 2016, pero llama la atención que en la contestación se dice que fue hasta el 1 de octubre de 2016 el contrato 10988 con fecha final de 30 de octubre de 2016, pues lo que debieron haber señalado es que tuvo vigencia hasta el 30 de noviembre de 2016 cuando la demandante presentó la renuncia, inconsistencia que hacen que este a favor de la demandante, que hay plena prueba que la dte si prestó los servicios en 1993, pese a que los documentos no cubren hasta mayo de 1994, lapso que fue probado con la prueba testimonial, que lo que observa es que el ejército siempre mantuvo relación con las mismas personas durante más de 10 años.



**Proceso Ordinario Laboral 39 – 2019 – 0018 – 01 DTE: CENOVIA CANTOR CORTES DDO:
NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**

Se encuentra acreditada un contrato de trabajo a término indefinido entre la actora y la demandada desde el 1 de oct de 1993 hasta el 30 de nov de 2016 fecha en la que la dte renunció a su cargo.

Que conforme el art 279 de la ley 100 de 1993 contempla las excepciones al régimen del sistema de pensiones; que el personal civil de la policía y ejército se aplica el decreto 1214 de 1990 para quienes a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 estaban vinculados, que el régimen del personal civil del ministerio de defensa nacional no fue considerado como especial; que a folio 22 a 24 obra derecho de petición del 25 de marzo de 2015 elevado por la actora ante el ministerio de defensa mediante el cual se licita el reconocimiento y pago de la pensión reclamada; a folio 25 el 16 de abril de 2015 obra una primera respuesta de la demandada.

Que de acuerdo al art 98 del decreto 1214 de 1990 señala que el empleado del Ministerio puede acceder a la pensión de jubilación a cualquier edad a partir de su retiro cuando acredite 20 años de servicios continuos, entendiéndose por tiempo continuo aquel que no haya tenido interrupciones superiores a 15 días corridos excepto cuando se trate de servicio militar, que este derecho es aplicable a los trabajadores oficiales, personal civil, cuando haya sido vinculado antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 al 1 de abril de 1994, se tiene que la dte inicio a prestar sus servicios a partir del 1 de oct de 1993 como ya se explicó antes y que prestó los servicios como operaria de sastrería en el batallón de intendencia las juanas de manera continua e ininterrumpida hasta el 30 de noviembre de 2016, lo que significa que, para el 1 de oct de 2013 contaba con los 20 años requeridos en la norma alcanzando el status pensional en dicha fecha; que la dte continuo laborando hasta el 30 de noviembre de 2016 por ende el reconocimiento no puede ser anterior conforme lo dispuso el art 98 del decreto 1214, al señalar que el empleado público del ministerio que acredite 20 años de servicio continuo tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, por ende, la demandada reconocerá la pensión a la dte e incluirla en nómina de pensionados con efectos a partir del día siguiente a su retiro el 1 de dic de 2016 de forma vitalicia y a razón del 75% del último salario devengado tomando como base las partidas señaladas en el art 102 siempre y cuando se hubieren devengado.

Sobre el monto de la pensión manifestó que conforme el art 102 del decreto, que dice que se tendrá en cuenta sueldo básico, primas de servicios, prima de alimentación, prima de navidad, subsidio familiar, auxilio de transporte, duodécima parte de la prima de navidad; que conforme los desprendibles de nómina archivo 3, 4, 5 y 7 allegados con la subsanación de la contestación de demanda, las correspondientes al año 2016 en las que se evidencia que la dte percibió los siguientes emolumentos para la liquidación del monto pensional: ultimo salario \$1.075.420, prima de servicios \$47.166 1/12, prima de navidad \$89.922 1/12; aux. de transporte \$77.700, para un total de \$1.290.208, que liquidado con un 75% arroja la suma de \$967.656, por lo que ordenará al ministerio demandado al pago de la pensión a favor de la dte a partir del 1 de dic de 2016.

Intereses moratorios e indexación. Que conforme la sentencia SL120 de 2021 no en todos los casos es imperativo condenar a los intereses de que trata el art 141 de 1993, por lo que resulta improcedente la aplicación de los intereses moratorios como quiera que la pensión de jubilación deprecada no esta regulada en la ley 100 de 1993, no se da a través del régimen de transición, sino que se está aplicando el decreto 1214 de 1990, por lo que accederá a ordenar la indexación. Declarará no probadas las excepciones formuladas por la demandada.



**Proceso Ordinario Laboral 39 – 2019 – 0018 – 01 DTE: CENOVIA CANTOR CORTES DDO:
NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**

Respecto de la prescripción, conforme el decreto 1214 de 1990 art 129, señala que el derecho a reclamar las prestaciones prescriben 4 años desde que la prestación se hace exigible, el reclamo interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual, la petición fue elevada el 25 de marzo de 2015 folio 25 a 24 y la demanda se radicó el 15 de enero de 2019 lo cierto es que el derecho pensional de la actora se hizo exigible a partir del día siguiente de su retiro el 1 de dic de 2016 y como no transcurrieron los 4 años desde el 1 de dic de 2016 al a la fecha de presentación de la demanda, no operó la prescripción, Costas a cargo de la demandada, agencias en derecho la suma de \$1.480.000.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor la entidad demandada, se tiene que lo pretendido corresponde al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de conformidad con lo establecido en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios e indexación, previa declaración de existencia de un contrato de trabajo con la demandada con vigencia entre el 1 de octubre de 1993 hasta el 30 de noviembre de 2016, fecha esta última en la que presentó la renuncia al cargo de operaria la demandante.

Considera la promotora que le asiste derecho a la referida prestación pensional por haber reunido los requisitos relacionados en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, norma que señala lo siguiente:

“PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR TIEMPO CONTINUO. El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite veinte (20) años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto.



**Proceso Ordinario Laboral 39 – 2019 – 0018 – 01 DTE: CENOVIA CANTOR CORTES DDO:
NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**

Parágrafo. Para los reconocimientos que se hagan a partir de la vigencia del presente Decreto, se entiende por tiempo continuo, aquel que no haya tenido interrupciones superiores a quince (15) días corridos, excepto cuando se trate del servicio militar.”

Por su parte, la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que, la actora se vinculó en calidad de trabajadora oficial por medio del Batallón de Intendencia N°1 Las Juanas, a partir del 1 de junio de 1994, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, y por tanto, no puede ser beneficiaria de la pensión de jubilación prevista en el Decreto 1214 de 1990; agrega que, el derecho pensional reclamado se encuentra prescrito ya que la reclamación pensional fue elevada el día 25 de marzo de 2015, y solo hasta el 16 de enero de 2019 radicó la correspondiente demanda, para el efecto, acompaña su defensa al formular las excepciones de mérito denominadas prescripción e inexistencia del derecho.

Resulta importante citar, el argumento en que se basó la demandada en el desarrollo de la excepción de mérito que formuló de inexistencia del derecho, en lo parte pertinente a la decisión:

“

Así las cosas, y comoquiera que la señora CENOVIA CANTOR CORTES, se vinculó como trabajadora oficial del Batallón de Intendencia N°1 Las Juanas, el día 1 de junio de 1994, es decir, en una fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1 de abril de 1994; que además fue afiliada al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, cuyo marco legal corresponde a la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, sin lugar a más consideraciones, concluyo respetuosamente que a la demandante no le asiste el derecho pensional de jubilación contemplado en el Decreto 1214 de 1990 y en tal sentido, comedida y respetuosamente le solicito al despacho declare probada la excepción de inexistencia del derecho y en tal



virtud, disponga la terminación del proceso con la consecuente condena en costas.”

Puestas, así las cosas, conforme la contestación de la demanda, es claro que, la entidad demandada aparte de encontrar inviable la prestación pensional por el fenómeno prescriptivo, que dicho sea de paso, al respecto hace una interpretación desacertada en materia de derechos pensionales, también considera que la actora no tiene derecho a la pensión de jubilación regulada en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, al acreditar la calidad de trabajadora oficial con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1 de abril de 1994, al recordar que la señora Cantor Corte fue vinculada solo hasta el 1 de junio de 1994.

Ahora bien, sobre la declaración de existencia del vínculo laboral o existencia del contrato de trabajo entre el 1 de octubre de 1993 hasta el 31 de mayo de 1994, recuérdese que la demandada solo acepta la vinculación de la actora a partir del 1 de junio de 1994, y es por ello, que, la primera instancia dio por acreditados los presupuestos normativos para la declarar la existencia del vínculo laboral conforme se solicitó en la demanda, lo cual, nada obsta para confirmar la decisión en tal sentido, conforme las siguientes precisiones:

Para el efecto, arribó a esa conclusión ante el valor probatorio que dio a las declaraciones testimoniales recaudadas, al ser contestes en señalar que la actora, junto con las deponentes, fueron vinculadas mediante contrato de trabajo verbal a partir de la fecha inicial que se reclama, ante la necesidad de la demandada en “realizar” prendas para el Ejército Nacional; que para ese momento la entidad les manifestó la intención de suscribir contrato de trabajo a partir del mes de enero de 1994, tal como precisa la testigo Carmen



Garavito, pero que ello no sucedió, dichos que coinciden no solo con los hechos de la demanda, sino con la respuesta a la misma en punto a que la convocada alude la vinculación laboral solo a partir del 1 de junio de 1994.

Aunado a lo anterior, el a quo también tuvo en cuenta las planillas de pago personal ocasional (fls.19 a 21) para el periodo comprendido entre octubre y diciembre de 1993 y la certificación laboral que da cuenta de la existencia del contrato laboral de la demandante entre el 1 de junio de 1994 y el 30 de noviembre de 2016, pruebas respecto de las cuales esta Sala no arriba a igual conclusión en cuanto a la existencia del contrato de trabajo entre octubre de 1993 a mayo de 1994; lo anterior como quiera que únicamente obran las planilla de pago de personal ocasional a que se hizo alusión, documentales que contrario a lo señalado en la instancia, claramente señalan que el personal allí relacionado como es el caso de la actora, tenía la vocación de **ocasional**, lo que desvirtúa que la contratación de esta desde octubre de 1993 y hasta mayo de 1994, haya sido continua e ininterrumpida, máxime cuando si se allegó esta documental que daba cuenta de la prestación del servicio de la demandante de octubre a diciembre de 1993 y asevera que posterior a dicha data continuó prestando tal servicio para la demandada no se explica cómo no tenga en su poder prueba documental que acredite su prestación del servicio por tal periodo, como si la allegó para el periodo comprendido entre octubre a diciembre de 1993.

De igual forma y si bien las testimoniales vertidas por las deponentes Luz Parra, Rosa Cortés y Carmen Garavito fueron contestes en señalar que la actora prestó el servicio de manera continua ente octubre de 1993 hasta mayo de 1994, previo a suscribir contrato de trabajo con la demandada, lo cierto es que no obra ninguna prueba que corrobore tal afirmación y para la



Sala no es suficiente la sola afirmación de las testigos en mención como quiera que la igual que la actora, manifestaron prestar el mismo servicio a favor de la demandada, afirmando de igual manera que fueron vinculadas por la pasiva en la misma modalidad verbal que alega la aquí demandante, cuestión que no permite otorgar credibilidad a su dicho ya que al igual que la señora Cenovia tienen el mismo interés que persigue esta, esto es, que se reconozca a su favor la misma prestación aquí reclamada como lo puso de presente la parte demandada al formular la tacha contra estas testimoniales.

Así las cosas y contrario a lo señalado en la instancia, para la Sala, no se encuentra acreditada la existencia de la relación laboral alegada, con anterioridad al 1 de junio de 1994, pues si bien se acreditó la prestación del servicio de octubre a de diciembre de 1993, conforme la documental allegada es claro que esta tuvo la virtud de ocasional y que no se mantuvo desde enero a mayo de 1994, pues nada lleva a tal conclusión, lo que determina que a la demandante no le son aplicables las previsiones del artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, normatividad que se itera, únicamente es aplicable a quienes prestaron sus servicios para la demandada **antes** de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y como se indicó la vinculación de la demandante a través de contrato de trabajo inició a partir del **1 de junio 1994**.

De otra parte y en gracia de discusión, de haberse probado la existencia de contrato de trabajo desde el extremo inicial alegado, esto es, desde octubre de 1993, como operaria de planta de sastrería, tal como da cuenta la copia del contrato de trabajo allegado junto con la demanda (fl.11); no puede perderse de vista que, el artículo 132 del Decreto 1214 de 1990, norma que fue derogada por el artículo 114 del Decreto 1792 de 2000, señalaba lo



siguiente: *“el Ministerio de Defensa podrá vincular, mediante contrato de trabajo a personas naturales, para el desempeño de labores técnicas, docentes, científicas, de construcción y mantenimiento de obras y equipos, de confecciones y talleres, cuando la actividad o labor no está contemplada para ser desempeñada por empleados públicos.”* (Subraya el Tribunal).

Por su parte, el inciso 2° del artículo 3 del Decreto 1792 de 2000, establece que, *“excepcionalmente serán trabajadores oficiales quienes desempeñen labores de construcción y mantenimiento de obras y equipos aeronáuticos, marinos, de telecomunicaciones; de confección de uniformes y elementos de intendencia; actividades de conducción de aeronaves, motonaves o embarcaciones fluviales y se vincularán mediante contrato de trabajo”*.

Precisado lo anterior, si bien el inciso 2° del artículo 3 del Decreto 1792 de 2000, delimitó las funciones de quienes excepcionalmente serían trabajadores oficiales, lo cierto es que, con anterioridad a la vigencia de esta norma, no se tenía precisamente que, quienes desarrollaran labores de confecciones tenían la categoría de trabajadores oficiales, como es el caso de la demandante, puesto que, de una interpretación expresa de la norma, lo que se entiende es que, simplemente se podrían vincular por medio de contrato de trabajo, ya que esa actividad o labor no está contemplada para ser desempeñada por empleados público, sin que automáticamente quiera decir que eran trabajadores oficiales.

Ahora, no sobra advertir que, la competencia de esta jurisdicción para conocer del presente asunto emerge de lo pretendido en la demanda, esto es, que en razón a la calidad de trabajadora oficial que dice la actora acreditar estando al servicio de la demandada por medio de un contrato de



trabajo, es por lo que es beneficiaria de la pensión de jubilación regulada en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

Aclarado lo anterior, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 contempla las excepciones a la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, señalando para el efecto, que no serían destinatarios de la norma los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni el personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, del cual aquí, se pretende los efectos del artículo 98 *ibidem*.

Es así que, si la actora hubiera logrado probar su vinculación por medio de un contrato de trabajo, en el área de confecciones al servicio del Ejército Nacional con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema integral de seguridad social, situación que en principio la haría beneficiaria de la aplicación del Decreto 1214 de 1990 por remisión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a igual conclusión absolutoria se arribaría pues nótese que solo hasta el año 2000 con el Decreto 1792, se estableció que la actividad que realizó la actora le daba la categoría de trabajadora oficial, es decir, que con anterioridad a ello nada impide concluir que si bien prestaba servicios al Ministerio de Defensa, lo cierto es que simplemente lo era por medio de un contrato de trabajo, sin que, se reitera, ello le hubiera dado la categoría de trabajadora oficial con efectos retroactivos.

Por otro lado, no es posible hacer extensivo la interpretación del artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 en el caso de la demandante, simplemente porque la norma señala expresa y claramente quienes son los destinatarios de esta, que no son otros que, *los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional*, y si bien la señora Cantor laboró al servicio del primero,



lo cierto es que, la norma nada dice acerca que el beneficio pensional de jubilación también lo sea para trabajadores oficiales, como erróneamente lo concluyó la juez de instancia, además, y en gracia de discusión, en caso que la promotora fuera destinataria de la norma bajo estudio, de todas maneras está no sería la jurisdicción competente para analizar las pretensiones de la demanda, ya que, por demás, sería empleada pública.

En consecuencia, las anteriores consideraciones resultan suficientes para revocar la decisión de primera instancia, y en su lugar, ABSOLVER a la convocada de todas las súplicas de la demanda, declarando probada la excepción de inexistencia del derecho propuesta por la accionada.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la demandante.

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: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia del derecho propuesta por la entidad demandada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia consultada para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de **todas** las pretensiones invocadas en su contra por la demandante.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo de la demandante.

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

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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



DEMANDANTE: CONSTRUCTORA OSSA LOPEZ S.A.S.

DEMANDADO: CAFÉSALUD EPS S.A. y MEDIMAS EPS

RADICADO: 11001 22 05 000 2022 00011 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2.022)

S E N T E N C I A:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 31 de marzo de 2021, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual, accedió a las súplicas de la demanda y ordenó a CAFESALUD EPS, reembolsar a la demandante la suma de **\$5.880.012,00.**

Como fundamento de sus pretensiones expuso la representante legal de la actora, que, en calidad de empleador, de la señora ANGÉLICA MARÍA RODRIGUEZ GÓMEZ, le canceló la respectiva licencia de maternidad, la cual fue otorgada válidamente, no obstante lo anterior, las demandadas se han negado al reconocimiento y pago de la misma.

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 31 de marzo de 2021, resolvió acceder a las súplicas de la demanda, condenando a la EPS CAFESALUD, al pago de \$5.880.012,00 debidamente indexada y no emitió condena alguna en contra de la demandada MEDIMAS EPS.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada CAFESALUD EPS S.A. HOY EN LIQUIDACIÓN, interpuso recurso de apelación, en el que solicita se revoque la decisión adoptada y se absuelva a su representada de la totalidad de las pretensiones de la demanda, argumentando para ello “*CARENCIA DE OBJETO POR HECHO SUPERADO - INCAPACIDADES YA CANCELADAS POR CAFESALUD EPS SAS*”

Indican que de acuerdo con lo informado por el área de prestaciones económicas, CAFESALUD EPS S.A, se encuentra que ésta reconoció y liquidó conforme a la cotización efectuada en el periodo gestacional de la señora ANGÉLICA MARÍA RODRÍGUEZ GÓMEZ, por valor de \$5.880.012,00.

Señaló respecto del pago de la factura ILM468743 por valor de cinco millones ochocientos ochenta mil doce pesos m/cte. (\$5.880.012.00), que se realizará una vez el Banco de Bogotá descongele la cuenta maestra de CAFESALUD EPS S.A., cuenta que se tiene destinada para realizar el giro y pago de las prestaciones económicas, la cual fue embargada por orden judicial.

CONSIDERACIONES

La Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 41, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en el literal g) le asignó la función de conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

El artículo 42 de la Ley 100 de 1993 dispone que el pago de las incapacidades es responsabilidad de las E.P.S. asimismo, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 prescribe que el reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador y el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 establece que el pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad:

“(...)será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002”.

Ahora bien, en cuanto al primero de los puntos, es necesario señalar que, las incapacidades que se reclaman (09 de febrero y el 14 de junio de 2017), fueron expedidas antes de la creación de la EPS MEDIMAS (Resolución 2426 de 2017 -1 de agosto), por lo que tal y como lo señaló el Juez de Primer Grado, es a la EPS CAFESALUD, a la que le corresponde el pago de las mismas.

En cuanto a hacerse parte en el proceso liquidatorio, al respecto se tiene que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A.

Ahora bien, el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan. El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su

cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale. Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

“a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.”

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, el cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega oportunamente, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado

Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por la intervenida, se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación.

En cuanto a la procedencia de los intereses moratorios reclamados, se encuentra que, el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, prevé que el pago de incapacidades se debe efectuar por parte de la EPS en un plazo no mayor a 5 días hábiles, vencidos los cuales, la EPS obligada al pago de la incapacidad deberá reconocer y pagar intereses moratorios, señala la norma en cita:

Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas. *A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud,*

los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

*El pago de estas prestaciones económicas al aportante, **será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en Reglamentario del Sector Salud y Protección Social** un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC.*

La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuara dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

Parágrafo 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002. (negrilla fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior, esta Colegiatura encuentra que los intereses moratorios se causan cuando **existe una tardanza en el pago de las prestaciones económicas**, es decir, situación que no aconteció en el presente caso, en el cual se reclama, la diferencia entre lo pagado por la entidad demandante y lo reembolsado por la EPS demandada, dada la discusión, en cuanto al salario devengado por la extrabajadora, por lo que, se habrá de REVOCAR la condena impuesta, por este concepto y se confirmará en lo demás la misma.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 18 de marzo de 2021, por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, y en su lugar, ABSOLVER a la demandada, CAFÉSALUD EPS EN LIQUIDACIÓN, del reconocimiento y pago de los intereses moratorios solicitados, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia objeto de alzada.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia.

Notifíquese por edicto a las partes.



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO Magistrado

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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



DEMANDANTE: DIAN

DEMANDADO: CAFÉSALUD EPS S.A. y MEDIMAS EPS

RADICADO: 11001 22 05 000 2022 00011 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2.022)

S E N T E N C I A:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 24 de junio de 2021, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual, accedió a las súplicas de la demanda y ordenó a CAFESALUD EPS, reembolsar a la demandante la suma de **\$3.366.130,00**.

Como fundamento de sus pretensiones expuso la representante legal de la actora, que, en calidad de empleador, de la señora DELIA MARIA BERRERA, le canceló la respectiva incapacidad, la cual fue otorgada válidamente, no obstante lo anterior, las demandadas se han negado al reconocimiento y pago de la misma.

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 247 de junio 2021, resolvió acceder a las súplicas de la demanda, condenando a la EPS CAFESALUD, al pago de \$3.366.130,00, junto con los intereses moratorios correspondientes y no emitió condena alguna en contra de la demandada MEDIMAS EPS.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada CAFESALUD EPS S.A. HOY EN LIQUIDACIÓN, interpuso recurso de apelación, en el que solicita se revoque la decisión adoptada y se absuelva a su representada de la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Indica que la incapacidad expedida a favor de la señora Delia María Barrera Pérez se encontraba reconocida y liquidada por Cafesalud EPS y que su pago se encontraba a cargo de Medimas EPS en virtud de la medida cautelar de urgencia decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, respecto de lo anterior, el Despacho indicó que dicha excepción no prosperaba por cuanto la medida cautelar fue levantada por el mismo Tribunal mediante sentencia de fecha 10 de abril de 2019, cesando así los efectos de la medida, dicha respuesta fue dada puesto que para la fecha de la contestación de la demanda la medida aún se encontraba vigente.

Así mismo el Despacho, en la sentencia objeto de impugnación llevó a cabo una nueva liquidación de dicha prestación ordenando que Cafesalud debe pagar el valor de tres millones trescientos sesenta y seis mil ciento treinta pesos M/cte. (\$3.366.130), para la elaboración de la presente impugnación, se solicitó al área de prestaciones económicas la revisión de dicha incapacidad y se logró evidenciar que la liquidación se encuentra de conformidad y a la fecha se encuentra pendiente de pago, así las cosas, la demandante deberá presentar la acreencia dentro del proceso liquidatorio de la EPS para que se lleve a cabo su estudio frente a un eventual reconocimiento.

Finalmente en cuanto a los intereses moratorios, indicó que de conformidad con el proceso de liquidación forzosa administrativa en el cual se encuentra Cafesalud EPS, el cual constituye fuerza mayor, generando una causal de exoneración de pagar cualquier sanción moratoria, por provenir de un *“acto de autoridad ejercido por funcionario público”*, de acuerdo al artículo 64 del Código Civil subrogado por el artículo 1° de la Ley 95 de 1.890, y por tanto *“la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”* según lo preceptuado en el inciso 2 del Artículo 1616 del Código Civil.

CONSIDERACIONES

La Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 41, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en el literal g) le asignó la función de conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

El artículo 42 de la Ley 100 de 1993 dispone que el pago de las incapacidades es responsabilidad de las E.P.S. asimismo, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 prescribe que el reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador y el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 establece que el pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad:

“(...)será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002”.

Ahora bien, en cuanto al primero de los puntos, es necesario señalar que, las incapacidades que se reclaman (26 de junio de 2017 y el 25 de julio de 2017), fueron expedidas antes de la creación de la EPS MEDIMAS (Resolución 2426 de 2017 -1 de agosto), por lo que tal y como lo señaló el Juez de Primer Grado, es a la EPS CAFESALUD, a la que le corresponde el pago de las mismas.

En cuanto a hacerse parte en el proceso liquidatorio, al respecto se tiene que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A.

Ahora bien, el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan. El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale. Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

“a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.”

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, el cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega oportunamente, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado

Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por la intervenida, se constituye en una facultad de su

titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación.

En cuanto a la procedencia de los intereses moratorios reclamados, se encuentra que, el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, prevé que el pago de incapacidades se debe efectuar por parte de la EPS en un plazo no mayor a 5 días hábiles, vencidos los cuales, la EPS obligada al pago de la incapacidad deberá reconocer y pagar intereses moratorios, señala la norma en cita:

Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas. *A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*

*El pago de estas prestaciones económicas al aportante, **será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en Reglamentario del Sector Salud y Protección Social** un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC.*

La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuara dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

Parágrafo 1. *La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002. (negrilla fuera del texto original).*

De conformidad con lo anterior, esta Colegiatura encuentra que los intereses moratorios se causan cuando **existe una tardanza en el pago de las prestaciones económicas**, tal y como ocurrió en el presente caso, ya que la accionada aceptó el hecho relacionado con la radicación de la solicitud para el pago de la incapacidad reclamada, el día 25 de mayo de

2018, sin que a la fecha se encuentre acreditado el pago de la misma, por lo que se habrá de confirmar la decisión objeto de recurso.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de junio de 2021, por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

Notifíquese por edicto a las partes.



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO Magistrado

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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



DEMANDANTE: TEMPORALES PLUS

DEMANDADO: CRUZ BLANCA EPS EN LIQUIDACIÓN.

RADICADO: 11001 22 05 000 2022 0053 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2.022)

S E N T E N C I A:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 21 de mayo de 2021, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda y ordenó a CRUZ BLANCA EPS EN LIQUIDACIÓN, a reembolsar a la demandante la suma de **\$24.446,00.**

Como fundamento de sus pretensiones expuso que en calidad de empleador de la señora JULIANA ESPITIA DIAZ, canceló la incapacidad que le fue debidamente otorgada, sin que a la fecha la demandada haya procedido al reembolso de la misma.

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 21 de mayo de 2021, resolvió acceder a las súplicas de la demanda y condenó a la EPS demandada al reconocimiento y pago de la suma de \$24.446,00.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte accionada **CRUZ BLANCA EPS EN LIQUIDACIÓN**, interpuso recurso de apelación, en el que solicita se revoque la decisión adoptada, como quiera que cumplió con su obligación de pagar dicha licencia, en los términos señalados en su escrito de contestación.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Determinar si hay lugar a declarar la excepción de pago, ya que la accionada manifiesta que canceló la obligación impuesta.

CONSIDERACIONES

En el presente caso no existe discusión, en cuanto a que la empresa demandante TEMPORALES PLUS, canceló la licencia de maternidad de su trabajadora JULIA ESPITIA DIAZ, así como tampoco la obligación del reembolso de dichos dineros por parte de la accionada, ya que estas declaraciones efectuadas por el Juez de Primera Instancia, no fueron controvertidas por el apelante y contrario a ello, fueron aceptadas desde el escrito de contestación.

La Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 41, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en el literal g) le asignó la función de conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

El artículo 42 de la Ley 100 de 1993 dispone que el pago de las incapacidades es responsabilidad de las E.P.S. asimismo, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 prescribe que el reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador y el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 establece que el pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad:

“(...)será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002”.

Para resolver el asunto en cuestión, lo primero que se puede observar es que, el *a quo*, no tuvo en cuenta y sin justificación aparente, que la parte demandada, junto con su escrito de contestación presentó copia de la relación de pagos por transferencia, en la que aparece la confirmación del pago realizado en favor de la parte actora, la cual corresponde a la incapacidad que se reclama con la presente acción, de conformidad con lo anterior, y son mayores razonamientos por innecesarios, se habrá de revocar la condena impuesta en primera instancia y en su lugar se absolverá a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR, la sentencia proferida el 21 de mayo de 2021, por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, por las razones expuestas, y en su lugar se **DECLARA**

probada la excepción de pago propuesta por la demandada, teniendo en cuenta lo señalado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **ABSUELVE** a la demandada de la totalidad de las súplicas de la demanda.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia.

Las partes se notifican por edicto conforme los artículos 40 y 41 CPTSS



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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



DEMANDANTE: INVERSIONES CELEFREY S.A.S.
DEMANDADO: CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN
RADICADO: 2021-01284-01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Veintiocho (28) de febrero de Dos Mil veintidós (2022)

S E N T E N C I A:

Resuelve la sala el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 3 de noviembre de 2020 por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. (fl.25)

Como fundamento de sus pretensiones expuso la entidad demandante que son una institución educativa que vincula a personal docente mediante contratos a término fijo inferior a un año, por lo que en el año 2016 se contrataron los servicios de la señora Carmen Pulido, quien presentó varias incapacidades ante la accionada, las que se niega a pagar con el argumento de que se encontraba en periodo de urgencias lo cual no es cierto, como tampoco que el empleador se encontraba en mora en el pago de los aportes, que la accionada no puede rehusarse al pago de dichas incapacidades como quiera que hubo allanamiento en mora ya que nunca recibió cobros por los supuestos pagos atrasados en los aportes. (fls.1 y 2)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante proveído de fecha 3 de noviembre de 2020, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud decidió ACCEDER a las pretensiones de demanda presentada, ordenando a Cafesalud EPS S.A. a pagar la suma de \$1.167.837 a la parte demandante.

Indicó la Superintendencia no se había logrado evidenciar que para el momento de la incapacidad generada a la empleada de la demandante esta contaba con 4 semanas de cotización al sistema, no obstante al consultar la base de datos única de afiliados ADRES, se comprobó que para enero de 2016, mes anterior al inicio de la incapacidad sí se habían registrado las cotizaciones a favor de la empleada, se encontraba afiliada al SGSSS habiendo cotizado las 47 semanas requeridas. (fl. 25).

RECURSO DE APELACIÓN

La Entidad accionada presentó recurso de apelación solicitando se revoque la decisión antes mencionada, aduciendo que para la fecha de causación de la incapacidad no se registraba cotización por parte del empleador, de igual forma, había cancelado la totalidad de las incapacidades generadas a nombre de la señora Carmen Pulido, para lo cual allegó comprobante de transferencia bancaria a favor de la sociedad demandante por valor de \$1.505.160 que efectuara en el año 2018. (fl.37)

De dicho comprobante de pago, se corrió traslado a la parte demandante como se observa a folios 5 y s.s., del cuaderno del Tribunal, sin que durante el término concedido hubiera efectuado manifestación al respecto.

CONSIDERACIONES

La presente acción se inició con base en lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, que faculta a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional, para conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los siguientes asuntos:

“ARTÍCULO 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.- Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así:

"e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador".

En el presente caso se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal g) del artículo antes transcrito, en razón a que conforme se avizora en los antecedentes de esta decisión la demandante señala haber pagado dos incapacidades que le fueron generadas a una de sus servidoras.

En este caso la accionada con escrito de impugnación señala que efectuó el pago de 2 de las incapacidades reclamadas en escrito de demanda, esto es, las que se generaron entre el 12 de marzo de 2016 al 26 de marzo del mismo año y la que iniciara el 27 de marzo al 10 de abril de dicha anualidad, las que indica ascienden a la suma de \$950.133; habiendo efectuado transferencia bancaria a favor de la demandante por suma superior a la

señalada, ya que se evidencia que fue por valor de \$1.505.160 y durante el término del traslado de la documental mediante la cual se acredita dicha transferencia, la sociedad demandante no efectuó pronunciamiento alguno que permitiera determinar que la diferencia entre el valor de las incapacidades generadas y el valor consignado correspondiera a incapacidad diferente a la generada entre el 11 al 25 de febrero de 2016, razón por la cual y al haber sido condenada la EPS demandada al pago de la suma de \$1.167.837 y acreditándose por esta última el pago de \$1.505.160 a favor de la demandante, el que resulta superior al valor de la condena, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar ABSOLVER a la EPS demandada de la condena impuesta.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la decisión de fecha 3 de noviembre de 2020 proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional de Conciliación, para en su lugar ABSOLVER a la EPS demandada de la condena impuesta por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

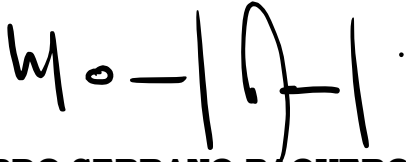
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto en los términos de los artículos 40 y 41 CPTSS

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO MAGISTRADO
SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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



DEMANDANTE: AGENCIA DE ADUANAS SIACO S.A.S.

DEMANDADO: CAFÉSALUD EPS S.A. y MEDIMAS EPS

RADICADO: 11001 22 05 000 2022 276 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2.022)

S E N T E N C I A:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 26 de julio de 2021, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda y ordenó a CAFESALUD EPS, reembolsar a la demandante la suma de **\$643.491,00.**

Como fundamento de sus pretensiones expuso la representante legal de la actora, que, en calidad de empleador, de la señora PAULA ANDREA MONTES MENDEZ, le canceló la respectiva incapacidad, la cual fue otorgada válidamente, no obstante lo anterior, las demandadas se han negado al reconocimiento y pago de la misma.

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 26 de julio de 2021, resolvió acceder parcialmente a las súplicas de la demanda, condenando a la EPS CAFESALUD, al pago de \$643.491,00 debidamente indexada y no emitió condena alguna en contra de la demandada MEDIMAS EPS.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada CAFESALUD EPS S.A. HOY EN LIQUIDACIÓN, interpuso recurso de apelación, en el que solicita se revoque la decisión adoptada y se absuelva a su representada de la totalidad de las pretensiones de la demanda, argumentando para ello que en la contestación de la demanda, se indicó que la incapacidad deprecada se encontraba cancelada en su totalidad a la cuenta corriente 03114844657 del Banco Bancolombia a nombre de la AGENCIA DE ADUANAS SIACO S.A.S. por valor de dos millones ciento noventa y dos mil cincuenta y cinco pesos (2.192.055), bajo el ILM352332, factura en la cual se encontraba inmerso el pago de los seiscientos cuarenta y tres mil cuatrocientos sesenta y ocho pesos M/cte. (\$643.468), sin embargo, el Despacho de primer grado señaló: “ (...) si bien allegó un pantallazo en donde se relaciona una transferencia electrónica, para este Despacho, el pantallazo descrito, no resulta ser prueba suficiente e idónea que permita determinar con certeza el pago aludido (...) en el plenario no obra prueba alguna que evidencie el cumplimiento de tal propósito, pues teniendo esta parte la carga jurídica de demostrar su afirmación, no obra prueba de ello; razón por la cual no está llamada a prosperar la excepción formulada (...) ”, es por ello que se solicita al área financiera de la EPS soportes en donde se pueda probar dicho pago, los cuales se adjuntan con la presente impugnación.

CONSIDERACIONES

La Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 41, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en el literal g) le asignó la función de conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

El artículo 42 de la Ley 100 de 1993 dispone que el pago de las incapacidades es responsabilidad de las E.P.S. asimismo, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 prescribe que el reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador y el

artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 establece que el pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad:

“(…)será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002”.

Ahora bien, revisado el escrito de contestación y las pruebas allegadas al mismo, junto con las allegadas al escrito de contestación, esta Sala encuentra acertados los razonamientos esbozados por la demandada en su escrito de impugnación, como quiera que se allegó comprobante del pago de las acreencias que reclama la actora, aunado al hecho de que la documental allegada constituye plena prueba y sin que se evidencie oposición alguna por parte de la actora.

De conformidad con lo anterior, se habrá de revocar la decisión objeto de alzada y en consecuencia se absolverá a la misma de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, por encontrarse que las mismas fueron canceladas oportunamente.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 25 de julio de 2021, por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, y en su lugar, ABSOLVER a la demandada, CAFÉSALUD EPS EN LIQUIDACIÓN, de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

Notifíquese por edicto a las partes.



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO/BAQUERO Magistrado

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 08 2019 866 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CARMEN ELISA ORTIZ ZARATE
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 veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), 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 06 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Transitorio Cuarenta y Uno laboral del Circuito de Bogotá, por la apelación presentada por las demandadas PROTECCIÓN S.A. PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así mismo, dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término concedido en auto anterior, el apoderado de la demandada PORVENIR S.A., presentó alegatos de conclusión.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

Solicitó la señora CARMEN ELISA ORTIZ ZARATE, se declare que la afiliación realizada a la AFP PORVENIR S.A. es ineficaz, al no haberle suministrado información completa y comprensible acerca de su traslado. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad al traslado de los aportes cotizados en el régimen de Ahorro Individual, incluyendo los dineros por concepto de rendimientos financieros e intereses, gastos de administración, seguro previsional y comisiones con destino a COLPENSIONES. Que se condene a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., al pago de los perjuicios materiales. Que se condene a la demandada COLPENSIONES a tener a la demandante como afiliada al RPM, sin solución de continuidad. Finalmente, solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y a los demás derechos que se encuentren demostrados en uso de las facultades extra y ultra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que Como nació el 20 de enero de 1967, que se afilió al Sistema General de Seguridad Social en pensiones el 18 de febrero de 1990 a través del ISS; que el 21 de junio de 1995 firmó formulario de afiliación a PORVENIR. Señaló que al momento de la vinculación no se le informó de manera completa y clara sobre las consecuencias de dicha decisión. Que igual situación, ocurrió el 23 de septiembre de 2016, cuando se vinculó a PROTECCION S.A.. Indicó que el 26 de agosto de 2019, radicó petición y ante COLPENSIONES con el fin de solicitar la nulidad del traslado y tenerla como afiliada sin solución de continuidad, pero que obtuvo repuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los hechos contenidos en los numerales 1, 9, 10, 25 y 26, para los demás manifestó que no le constan o



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones. (fl.- 97 – 112)

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, manifestó que son ciertos los enlistados en los numerales 3, 27 y 28, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad e inexistencia del derecho por falta de causa y título para pedir. (fl. 164 - 171).

Finalmente la demandada **PROVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación. (fl. 187 - 204).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia del 06 de julio de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora CARMEN ELISA ORTIZ ZARATE, identificada con C.C N°39.647.927, del régimen de Prima Media con Prestación administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIASPORVENIR, realizado el día el21 de junio de 1995,y por ende el que efectuó con posterioridad a PROTECCION S.A. conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante CARMEN ELISA ORTIZ ZARATE, identificada con C.C N°39.647.927, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, como si nunca se hubiese traslado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CARMEN ELISA ORTIZ ZARATE, identificada con C.C N°39.647.927, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

“El problema jurídico en el presente asunto se centra en determinar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en caso de prosperar, determinar si resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás pretensiones solicitadas, ante la omisión por parte de la AFP, en el deber de información.

Sea lo primero indicar que al ser COLPENSIONES una de las demandas, se procedió a verificar si se efectuó la **RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA**, evidenciándose que efectivamente se agotó el requisito de procedibilidad preceptuado en el artículo 6° del C.P.T. y S.S., puesto que tal como se advierte a folios 183 de la demanda PDF, el 14 de marzo de 2019 la demandante radicó solicitud de la afiliación al RPM, requerimiento que fue denegado por la entidad de seguridad social en mencion.

Ahora bien, para dar solución al cuestionamiento planteado, se debe señalar que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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

Luego entonces, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y citada precedentemente, destacan lo siguiente:

- 1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las si quiera el capital necesario para poder obtener una pensión mínima.*
- 2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.*
- 3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.*
- 4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.*
- 5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.*

Descendiendo al caso bajo estudio, tenemos que de conformidad con la historia de aportes visto a folios 24 y 181 del PDF, se advierte que la señora CARMEN ELISA ORTIZ ZARATE realizó aportes al RPM desde enero de 1995 hasta junio del mismo año, reuniendo un total de 25.71.

De igual forma, se advierten diferentes formularios de afiliación así:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

- A folio 60 del PDF., se aportó formulario de afiliación al RAIS a través de PORVENIR suscrito por la demandante el 21 de junio de 1995; lo cual se acompasa con lo indicado en el historial de vinculaciones allegado por porvenir.
- A folio 86 a 88 milita formulario de traslado de AFP suscrito con PROTECCION el 23 de septiembre de 2016.

Adicionalmente, PORVENIR indicó en el escrito de contestación que “siempre brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, también mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, motivo por el cual, la decisión de suscribir el formulario de afiliación con mi representada, fue producto de una decisión libre, espontánea e informada.”

Pese a la anterior manifestación, no existe prueba alguna que avale dicho supuesto factico, quedándose a juicio de la Suscrita en una simple manifestación. Máxime cuando la entidad asegura que el cumplimiento de dicho deber, se puede apreciar de la solicitud de vinculación, pero si nos vamos a formulario que obra a folio 60, ningún tipo de asesoría se puede derivar de allí y si bien existe una acápita denominada voluntad de la afiliación, donde precisa que la escogencia del régimen se realizo de forma libre, espontanea y sin precisiones, tema este que no encuentra en discusión, en la medida que la actora, en ningún momento esta alegando alguna fuerza o presión al momento de firmar el citado documento.

Entre tanto, a juicio de esta juzgadora del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Luego, si bien obra en el expediente los formularios de afiliación a los fondos de pensiones PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., documentos de los cuales se pretende derivar el cumplimiento de ese deber de informacion, al ser el unico medio de prueba, los mismos según los precedentes jurisprudenciales citados en precedencia no resultan ser suficientes, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento o material que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

*Las anteriores consideraciones, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante de COLPENSIONES a la AFP porvenir mediante formulario del 21 de junio de 1995.*

Ahora bien, teniendo en cuenta que el traslado de régimen se efectuó a través de PORVENIR pero actualmente la accionante se encuentra vinculada a PROTECCION, corresponderá a esta última trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta.

Ha de advertirse, en relación con el tema de los gastos de administración, que los efectos que produce la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, es decir, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que conlleva a que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR, deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Colpensiones, postura que ha sido tomada de las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018.

De otra parte, frente a la solicitud de la demandante relacionada con el pago de daños causados por las demandadas, advierte la suscrita que dentro del libelo demandatorio no obra prueba si quiera sumaria de los presuntos daños de los cuales pretende el pago, por lo que si tenemos en cuenta que quien pretende el reconocimiento del derecho es el encargado de probar, en el presente caso no hay lugar a acceder a tales pretensiones.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo y por ende las suplicas accesorias que de ellas se derivan, tampoco.”

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.**, señaló que respetuosamente interpone recurso de apelación ante el honorable Tribunal de Bogotá, Sala laboral para que se revoque en su totalidad el fallo, proferido.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

Sustenta su solicitud señalando que si bien existe un precedente, el órgano de cierre de la jurisdicción como es el citado por el a quo, con los argumentos que ha manifestado el Honorable Tribunal en diferentes Salas, no se debe aplicar el precedente de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto.

Señala que no le asiste razón al fallador de primer grado, al declarar la ineficacia del traslado con base en la falta de información cuando no le era obligatorio prestar la misma la demandante, teniendo en cuenta la circular 19 de 1998, emitida por la Superintendencia financiera, la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendieran, no solo materializado, sino válido el traslado de personal, que la afiliada expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conforme con las disposiciones vigentes sobre el particular, tal como ocurrió en el presente asunto, de manera que su representada cumplió con la totalidad de la obligación a su cargo y la permanencia del actor en el ahorro individual y administrado por mi representada, ha sido una decisión libre y voluntaria, informada, que sea ratificado con el tiempo.

Indica que del formulario de afiliación se desprende que a la actora se le prestó una asesoría completa, lo cual es corroborado, con el interrogatorio de parte a la demandante en el que dijo se le brindó una charla grupal que duró aproximadamente una hora y 30 minutos de forma personal.

Así las cosas, se da el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil relativo al saneamiento y consentimiento por ratificación tácita, la cual opera de manera automática, teniendo en cuenta que el demandante realizó aportes y trasladados en el régimen de ahorro individual de manera personal y voluntaria, lo que es sin lugar a dudas, en caso de haber existido algún tipo de vicio del consentimiento, la misma, el mismo demandante ratificó su decisión al trasladarse de régimen y permanecer en él en su propio actuar con el paso del tiempo adicional a eso pues, resaltó la sentencia emitida por la honorable magistrada Ana María Muñoz segura,



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

el 15 de septiembre de 2020, que pone presente que debe tomarse como actos de relacionamiento la suscripción de varios formularios por el afiliado como intención de permanecer afiliado al régimen de ahorro individual, que en el presente caso ocurre aquí. Toda vez que el demandante suscribe otro formulario de afiliación con PROTECCIÓN ratificando su deseo de permanecer en él, en el régimen en mención.

Solicitó se tenga en cuenta que no se puede obligar a su representada a aportar documentos que para la fecha del traslado no eran obligatorios o demás documentales que dice la parte demandante, como lo pone de presente la ley 1328 de 2009, art. 3 literal c que establece el deber de información al momento del traslado, obligación que se cumplió a cabalidad en dicho momento.

Por otro lado, señala que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues de acuerdo a lo del inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 del 93, también el régimen de prima media se destina un 3% de las cotizaciones a financiar los gastos de administración de pensión de invalidez y de sobrevivencia, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción. Además, es necesario resaltar que la Superintendencia. Financiera de Colombia en el concepto del 17 del 2020 indicó en forma expresa que en los eventos que proceda la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de prima de seguros provisional y consideración de que la compañía aseguradora cumplió con su contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza ni la Comisión de Administración, por lo que al ordenar el traslado de dichos dineros se configura un enriquecimiento sin justa causa.

Así mismo debe declararse la prescripción respecto a la devolución de gastos de administración y primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros por cuando no le corresponden éstos valores al afiliado, en ninguno de los dos



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

regímenes, por cuanto no financian la prestación de vejez, no puede predicarse su imprescriptibilidad, característica de la que goza el derecho pensional, de manera que considera que los supuestos sobre los cuales se condena a su representada no se encuentran acreditados y solicitan de manera respetuosa, la revocatoria den la decisión objeto de estudio.

Por su parte la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.**, indicó que interpone parcial de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral, respecto a la orden, de devolver los conceptos por gastos de administración, no es procedente entonces, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Señala que dichos descuentos se realizaron conforme a la ley como contraprestación a una buena gestión de administración, como lo es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera. Indica que con la primera instancia, en que se ordena a su representada, devolver el capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, y adicionalmente los dineros descontados por Comisión de Administración se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante además estarían recibiendo un capital por un dinero que nunca administró y adicionalmente se estarían trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual.

Por lo anterior, considera que la entidad que representa tiene derecho a conservar esta Comisión como restitución mutua su favor y no hay lugar para devolverla a COLPENSIONES, ya que como la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, y es que el contrato de afiliación nunca existió, por lo que en este caso PROTECCIÓN, no debió administrar los recursos de la actora, por lo mismo los rendimientos que produjo dicha cuenta y que hoy se ordenan trasladar no se causaron, que no existió un cobro de una comisión de administración, sin embargo el art. 1742 del Código Civil, habla de restituciones mutuas, por lo que aunque se declare



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

una ineficacia o una nulidad de la afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, producto de la buena gestión. Señala frontal seguro previsional que éste ya fue girado a una aseguradora para el caso de que existiera un siniestro, la cual fue pagada mes a mes, por lo que no es posible cobrarla y devolverla a COLPENSIONES.

Por su parte el apoderado de la demandada **COLPENSIONES**, solicita revocar íntegramente el fallo de instancia, toda vez que COLPENSIONES no comparte los fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia, toda vez que se considera que el traslado se realizó conforme a derecho y en cumplimiento de las exigencias legales y normativas de la época, en la que únicamente se solicitaban la suscripción del respectivo formulario afiliación por parte del interesado y no existía obligación alguna ni de documentar la asesoría o dejar soporte alguno, o de realizar simulaciones o proyecciones personales ni escenarios comparativos entre uno u otro régimen pensional, de forma que cumplían la obligación se suscribir el respectivo formulario de afiliación debe tenerse como válido y con plenos efectos del acto de traslado, además porque tampoco sería pertinente, exigir que se aporten en medios probatorios de diferentes al formulario de afiliación.

Indica que en el caso de la demandante el traslado se realizó hace más de 20 años, de forma que ni siquiera se contaría con la declaración del asesor de la época para que indicará qué información brindó a la demanda y en esa medida, revisar el fallo de instancia.

Finalmente indica que en caso de confirmarse la declaratoria de nulidad, solicita su adición, en primera medida que si bien es cierto, el despacho indica que de deben trasladar los dineros de la cuenta pensional con la inclusión de los gastos de administración, se solicitaría que se adicionara en el entendido que junto con esos gastos de administración se trasladarán los pagos efectuados a seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los descuentos efectuados por Fondo de Garantía de Pensión mínima, todos estos conceptos debidamente indexados hasta la fecha de pago, toda vez que tanto porvenir como protección realizaron la administración de la cuenta pensional



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

de la demandante, por ende deben trasladar éstos conceptos y dado que ha pasado más de 10 años desde que se está realizando la administración de la cuenta personal en el caso de protección.

Señala que es evidente que estos dineros van a sufrir una depreciación monetaria por el paso del tiempo y en aras de garantizar el patrimonio por pensiones, es que se solicita se trasladen debidamente indexados hasta la fecha.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES se tiene que lo pretendido por la señora CARMEN ELISA ORTIZ ZARATE, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación realizada, que se formalizara mediante formulario suscrito ante la demandada PORVENIR S.A. por el día 21 de julio de 1.995.

En este orden, si bien se peticiona la declaratoria de ineficacia de la afiliación realizada, lo cierto es que se alega como consecuencia de la falta de información en dicho acto, caso en el cual, lo pretendido se debe abordar bajo la óptica de la ineficacia, figura 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; oportunidades en 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.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

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; 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.

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por las demandadas, **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 científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por PORVENIR S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1995, 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.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo el argumento de la recurrente Colpensiones en alegaciones, según el cual, la administradora no estaba en el deber de soportar la información brindada a la fecha del traslado del actor; cuando lo cierto es que como tantas veces lo ha señalado la línea jurisprudencial aplicable en estos casos, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, como en efecto lo indica la recurrente ya que la decisión de primer grado efectuó el estudio de la situación particular del traslado de la señora **Carmen Ortiz**, arribando a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio, conclusión que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, como lo pone de presente la parte demandante en sus alegaciones, lo que impone **confirmar** la decisión de primer grado.

Ahora bien, en el presente caso, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio en el consentimiento alguno a pesar de haberlo alegado, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así en lo reiteró la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

De igual manera, contrario a lo afirmado por Colpensiones en alegaciones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

De igual forma, no sale adelante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de las demandadas Porvenir S.A y Protección 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 y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados**, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del*



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen no existió y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado; aspecto respecto del cual procede señalar a esta recurrente que el concepto a que alude también en sus alegaciones expedido por la Superfinanciera, no es de obligatorio observancia por parte de esta jurisdicción, como quiera que tal índole sólo la ostentan los pronunciamientos del organismo de cierre de la misma, esto es, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia 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.

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 08 2019 866 01 Dte: CARMEN ELISA ORTIZ
ZARATE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

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

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 01-2017-870-02

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

**DEMANDANTE: WILMER ALEXANDER VELOZA
RAMIREZ**

DEMANDADO: IQ ELECTRONICS COLOMBIA SAS

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá siendo el día veintiocho (28) de febrero del año dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

P R E T E N S I O N E S

EL señor **WILMER ALEXANDER VELOZA RAMÍREZ**, actuando por conducto de apoderado judicial, instauró demanda laboral contra la empresa **IQ ELECTRONICS COLOMBIA S.A.S., hoy WODEN COLOMBIA S.A.S**, para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de diciembre de 2013 hasta el 25 de enero de 2017, con un salario mensual desde febrero de 2015, equivalente a la suma de ocho mil dólares americanos (\$8.000 USD), el cual solicita tener como base para efectos de liquidación. Solicita a su vez se declare que la terminación del contrato laboral es imputable al empleador toda vez que no se pagaban salarios, así como no efectúo durante los meses de febrero de

2015 hasta diciembre de 2016, aportes al sistema de seguridad social en salud del trabajador conforme a su salario. En consecuencia, solicita el pago de salarios de enero a julio de 2016, prestaciones sociales, vacaciones, intereses a las cesantías, indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa por parte del empleador, derivado de la renuncia motivada del trabajador, Sanción Moratoria de un día de salario por cada día de atraso en el pago total de los salarios y prestaciones sociales, hasta la fecha en que se efectuó el pago total del mismo, indexación, al pago del valor que resultará probado dentro del proceso por concepto de perjuicios económicos causados conforme a los traslados incurridos de Colombia a México y el respectivo retorno a Colombia, junto con los gastos de residencia, costas, extra y ultra petita. (Fls 3 al 14).

Como fundamento de las pretensiones afirma que el día 16 de diciembre de 2013, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa IQ ELECTRONICS COLOMBIA S.A.S., y desarrolló actividades inherentes al cargo de Gerente Comercial, en las instalaciones del demandado en la ciudad de Bogotá D.C., afirma que el 1 de agosto de 2014 entre la sociedad empleadora y el señor Wilmer Alexander Veloza Ramírez, suscribieron **otrosí** al contrato laboral, modificando el cargo que desempeñaba el trabajador, pasando de Gerente Comercial al cargo de Gerente Comercial y de Servicios, y que el salario convenido sería de (COL\$4.600.000), dentro de la cláusula octava del contrato estipularon que el trabajador podría prestar sus servicios en lugar diferente al inicialmente pactado, en cumplimiento de órdenes impartidas por el empleador, el día **4 de febrero de 2015** el trabajador fue trasladado junto con su familia a México D.F., para prestar personalmente sus servicios y desempeñar las funciones de Director de Operaciones en la empresa matriz de la empleadora, IQ ELECTRONICS INTERNACIONAL S.A. de C.V., con un salario mensual de (USD\$8.000) dólares americanos, que la sociedad empleadora se obligó a tramitar los permisos requeridos en México, para la permanencia legal del trabajador, con el fin que él pudiera ejecutar las labores encomendadas, por lo que en ningún momento la sociedad empleadora tramitó o le entregó dichos documentos de trabajo, razón por la cual tenía que regresar a Colombia con el fin de cumplir las normas migratorias de México y Colombia. A partir de febrero de 2015, la sociedad empleadora dejó de realizar los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones a favor del trabajador conforme al salario devengado, a partir del mes enero de 2015, la sociedad empleadora dejó de realizar el pago de la prima de servicios, auxilio de

cesantías, e intereses a las cesantías, a favor del trabajador, a partir del 16 de diciembre de 2014 hasta la terminación del contrato, la sociedad empleadora dejó de realizar el pago a favor del trabajador, de la prestación laboral por concepto de vacaciones, durante los meses de enero de 2016 y hasta el mes de julio de 2016 la sociedad empleadora únicamente la suma de (COL\$4.600.000) por concepto de salario, a raíz de los incumplimientos por parte del empleador respecto de los pagos de salarios, pagos de prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social con salario base de cotización inferior al salario del trabajador, se vio en la obligación de regresar a Colombia en el mes de enero de 2017. Razón por la cual, el **11 de febrero de 2017** informó al empleador – WODEN COLOMBIA S.A.S., su decisión de dar por terminado el contrato de manera unilateral, devengando un salario mensual de (USD\$8.000), el **1 de febrero de 2017**, el empleador aceptó la renuncia, entregando ese mismo día la liquidación por valor de \$19.585.473 pesos colombianos, a la finalización no realizó el pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa por despido indirecto, no cumplió la obligación de sufragar los gastos en que incurrió el trabajador para prestar servicios personales en lugar distinto del inicialmente contratado, ni los gastos de tiquetes aéreos del trabajador y su familia asumidos por el trabajador, y los gastos de residencia como amoblar el nuevo hogar que ocupó.

Cumplida la orden de este Tribunal, la demandada WODEM COLOMBIA S.A.S., por conducto de apoderada judicial procedió a dar contestación, oponiéndose a las pretensiones. En cuanto aceptó los hechos 1, 2, 3, 6, 7, 23 y 42 frente a los indicados en los numerales 4, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 28 Y 29 no le constan o no son ciertos. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, inexistencia del pago de salario en moneda extranjera, inexistencia de la orden de traslado a la ciudad de México, coexistencia de contratos laborales, compensación, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, mala fe de la parte actora, e innominada. (Fls 129 y SS).

Tramitada la primera instancia el Juez 01 Laboral del circuito de esta ciudad profirió sentencia el siete (7) de septiembre de dos mil veintidós (2022), por medio de la cual RESOLVIÓ:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de pago en moneda extranjera e inexistencia de orden traslado a la ciudad de México y se releva el Despacho del estudio de las demás propuestas por sustracción materia, conforme lo indicado en la parte emotiva.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada **WODEN COLOMBIA SAS,** representada legalmente por el señor **MARIO ANDRÉS GARCÍA RIZO,** o por quien haga sus veces, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por el demandante señor **WILMER ALEXANDER VELOZA RAMÍREZ,** identificado con la cédula de ciudadanía N°79.488.556, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: EXCEPCIONES: Por el resultado de la decisión, se declara probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas en el presente asunto y se releva, el Despacho del estudio de las demás propuestas por sustracción de materia y por el resultado de la decisión y conforme a lo indicando en el numeral primero.

CUARTO: CONDENAR en costas al demandante señor **WILMER ALEXANDER VELOZA RAMÍREZ,** por haber resultado en esta primera instancia, tásense por Secretaría.

QUINTO: enviar el presente expediente en el grado jurisdiccional de consulta ante el H. Tribunal Superior de Bogotá – sala laboral.

Para llegar a esa conclusión el Juez señaló:

“...Invoca el demandante la existencia de un vínculo laboral con la demandada, desempeñado el cargo gerente comercial y de servicios, indicando en los hechos del libelo demandatorio, como fecha de inicio el día 16 de diciembre de 2013 hasta el 25 de enero de 2017. La demandada al momento de dar contestación a la demanda indicó que no desconocía la relación laboral, **empero que en ningún momento ha fijado una remuneración en moneda extranjera y el salario que el demandante devengó al finalizar el vínculo laboral estaba compuesto por un factor fijo y uno variable por comisiones, el cuanto al último salario éste ascendía a la suma de \$4.600.000 m/l.** Ahora bien, al analizar y valorar este operador judicial, todas y cada una de las pruebas que obran al presente proceso, según lo dispuesto por el artículo 60 CPTSS, se observa que se allegaron como medios probatorios, tales como: Contrato del contrato de trabajo celebrado entre el señor **WILMER ALEXANDER VELOZA RAMÍREZ** y la sociedad **WODEN COLOMBIA S.A.S.** (folios 15-19), Copia del certificado laboral de fecha 8 de febrero d 2017, emitido por la sociedad demandada. (folio 20), copia carta de renuncia (folios 21-22), aceptación de carta de renuncia de fecha 1° de febrero de 2017 (folio 23), comprobantes de nómina desde el 16 de diciembre de 2013 hasta el 25 de enero de 2017, liquidación definitiva de prestaciones sociales del 1 de febrero de 2017, copia de la carta de aceptación de la carta de renuncia, copia del contrato de trabajo, copia del comprobante de pago de la liquidación definitiva de prestaciones sociales, copia del comprobante de pago de los

aportes al sistema de seguridad social, copia del comprobante de pago de las cesantías al fondo de cesantías, copia del otrosí suscrito por las partes del 16 de diciembre de 2013, copia del otrosí suscrito el 1 de agosto de 2014 (folio 151 medio magnético), documentos estos que gozan de plena validez, pues no fueron tachados ni desconocidos por la parte demandante, con lo cual se establece que el señor Wilmer Alexander Veloza Ramírez, prestó sus servicios a la demandada, desde el 16 de diciembre de 2013 y hasta el día 25 de enero de 2017, mediante contrato de trabajo a término indefinido; desempeñando como último cargo el de Gerente Comercial y de Servicios y su última remuneración ascendió a la suma de \$4.600.000.00 m/l, y en cuanto a la terminación del contrato fue por despido indirecto. Establecido lo anterior, se procede al estudio de las súplicas así: **RECONOCIMIENTO Y PAGO DE SALARIOS.** Solicita la parte demandante se condene al reconocimiento y pago de las sumas de dinero que por concepto de salarios que se causaron en los siguientes periodos laborados: enero de 2016, febrero de 2016; marzo de 2016; abril de 2016; mayo de 2016, junio de 2016 y el mes de julio de 2016. La demandada se opuso a lo anterior, por cuanto advierte que en ningún momento pactó con el demandante el pago de su salario en una divisa e incluso se le canceló la totalidad del salario oportunamente; en virtud de lo anterior y al analizar nuevamente este operador judicial, las pruebas a que se contrae el expediente, se desprende que efectivamente la sociedad demandada le canceló al actor durante la vigencia de la relación laboral, el salario que ascendió a la suma de \$4.600.000 M/l, el cual también como se aprecia el otro sí al contrato individual de trabajo a término indefinido y pacto de exclusión salarial, suscrito también entre las partes el día 1° de agosto de 2014, según se acredita igualmente con las documentales allegadas en medio magnético e incluso este fue el que se tuvo en cuenta al momento de liquidación definitiva de prestaciones sociales, adicionalmente de todas y cada una de las piezas documentales donde se puede apreciar las “cuentas detallado por terceros”, allegadas en medio magnético y las cuales se itera, no fueron tachadas ni desconocidas por la parte actora. Por lo anterior, no queda otro camino a este operador judicial de instancia que despachar desfavorablemente esta súplica de la demanda.

PRIMAS DE SERVICIOS. Solicita la parte demandante se condene a la sociedad demandada, a pagar a su favor, las sumas de dinero que por concepto de Prima de Servicios que se causaron en los siguientes periodos laborados: Desde el primero (1) de enero de 2015 hasta el treinta (30) de junio de 2015; desde el primero (1) de julio de 2015 hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2015; desde el primero (1) de enero de 2016 hasta el treinta (30) de junio de 2016; desde el primero (1) de julio de 2016 hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2016 y desde el primero (1) de enero de 2017 hasta el veinticinco (25) de enero de 2017. La parte demandada se opuso a lo anterior, por cuanto advirtió que canceló oportunamente la prima de servicios; en virtud de lo anterior y al analizar nuevamente este operador judicial, las pruebas a que se contrae el expediente, se desprende que efectivamente la sociedad demandada le canceló al actor durante la vigencia de la relación laboral, el salario que ascendió a la suma de \$4.600.000 M/l, el cual también, como se aprecia en el “otro sí al contrato individual de trabajo a término indefinido y pacto de exclusión salarial”, suscrito entre las partes el día 1° de agosto de 2014, conforme se acredita con las documentales allegadas en medio magnético, e incluso fue el que se tuvo en cuenta al momento de liquidación definitiva de prestaciones sociales, se le reconoció al actor la

suma de \$8.334.000.00 M/I por concepto de promedio variable de prima de servicios (fl. 151 en medio magnético) adicionalmente de todas y cada una de las piezas documentales donde se puede apreciar las “cuentas detallado por terceros”, y como se acreditó con las documentales allegadas en medio magnético y las cuales se itera, no fueron incluso tachadas ni desconocidas por la parte actora. Por lo anterior, no queda otro camino a este operador judicial de instancia que despachar desfavorablemente esta súplica de la demanda. **VACACIONES** Solicita la parte demandante, se condene a la sociedad demandada a pagarle, las sumas de dinero que por concepto de Vacaciones se causaron en los siguientes periodos laborados: Desde el dieciséis (16) de diciembre de 2014 hasta el quince (15) de diciembre de 2015; desde el dieciséis (16) de diciembre de 2015 hasta el quince (15) de diciembre de 2016; desde el dieciséis (16) de diciembre de 2016 hasta el veinticinco (25) de enero de 2017. La parte demandada se opuso a lo anterior, por cuanto advirtió que canceló oportunamente las vacaciones; en virtud de lo anterior y al analizar nuevamente este operador judicial, las pruebas a que se contrae el expediente, se desprende que efectivamente la sociedad demandada le canceló al actor durante la vigencia de la relación laboral, el salario que ascendió a la suma de \$4.600.000 M/I, el cual también, como se aprecia en el “otro sí al contrato individual de trabajo a término indefinido y pacto de exclusión salarial”, suscrito entre las partes el día 1° de agosto de 2014, conforme se acredita con las documentales allegadas en medio magnético, e incluso fue el que se tuvo en cuenta al momento de liquidación definitiva de prestaciones sociales, se le reconoció al actor la suma de \$10.711.094.00 M/I por concepto de promedio variable de vacaciones, (fl.151 en medio magnético) adicionalmente de todas y cada una de las piezas documentales donde se puede apreciar las “cuentas detallado por terceros”, y como se acreditó con las documentales allegadas en medio magnético y las cuales se itera, no fueron incluso tachadas ni desconocidas por la parte actora. Por lo anterior, no queda otro camino a este operador judicial de instancia que despachar desfavorablemente esta súplica de la demanda. **CESANTÍAS** Solicita la parte demandante, se condene a la sociedad demandada a pagar a favor del demandante, las sumas de dinero que por concepto de Cesantías se causaron en los siguientes periodos laborados: desde el primero (1) de enero de 2015 hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2015; desde el primero (1) de enero de 2016 hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2016 y desde el primero (1) de enero de 2017 hasta el veinticinco (25) de enero de 2017. La parte demandada se opuso a lo anterior, por cuanto advirtió que canceló oportunamente las cesantías; en virtud de lo anterior y al analizar nuevamente este operador judicial, las pruebas a que se contrae el expediente, se desprende que efectivamente la sociedad demandada le canceló al actor durante la vigencia de la relación laboral, el salario que ascendió a la suma de \$4.600.000 M/I, el cual también, como se aprecia en el “otro sí al contrato individual de trabajo a término indefinido y pacto de exclusión salarial”, suscrito entre las partes el día 1° de agosto de 2014, conforme se acredita con las documentales allegadas en medio magnético, e incluso fue el que se tuvo en cuenta al momento de liquidación definitiva de prestaciones sociales, se le reconoció al actor la suma de \$8.334.000.00 M/I por concepto de promedio variable de vacaciones, (fl. 151 en medio magnético) adicionalmente de todas y cada una de las piezas documentales donde se puede apreciar las “cuentas detallado por terceros”, y como se acreditó con las documentales allegadas en medio magnético y las

cuales se itera, no fueron incluso tachadas ni desconocidas por la parte actora. Por lo anterior, no queda otro camino a este operador judicial de instancia que despachar desfavorablemente esta súplica de la demanda.

INTERESES A LA CESANTÍA. Solicita la parte demandante se condene a la sociedad demandada a pagar a su favor, las sumas de dinero que por concepto de intereses a las cesantías se causaron en los siguientes periodos laborados: desde el primero (1) de enero de 2015 hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2015; desde el primero (1) de enero de 2016 hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2016 y desde el primero (1) de enero de 2017 hasta el veinticinco (25) de enero de 2017. La parte demandada se opuso a lo anterior, por cuanto advirtió que canceló oportunamente los intereses de las cesantías; en virtud de lo anterior y al analizar nuevamente este operador judicial, las pruebas a que se contrae el expediente, se desprende que efectivamente la sociedad demandada le canceló al actor durante la vigencia de la relación laboral, el salario que ascendió a la suma de \$4.600.000 M/I, el cual también, como se aprecia en el “otro sí al contrato individual de trabajo a término indefinido y pacto de exclusión salarial”, suscrito entre las partes el día 1° de agosto de 2014, conforme se acredita con las documentales allegadas en medio magnético, e incluso fue el que se tuvo en cuenta al momento de liquidación definitiva de prestaciones sociales, se le reconoció al actor la suma de \$4.823.000.00 M/I por concepto de promedio variable de vacaciones, (fl. 151 en medio magnético) adicionalmente de todas y cada una de las piezas documentales donde se puede apreciar las “cuentas detallado por terceros”, y como se acreditó con las documentales allegadas en medio magnético y las cuales se itera, no fueron incluso tachadas ni desconocidas por la parte actora. Por lo anterior, no queda otro camino a este operador judicial de instancia que despachar desfavorablemente esta súplica de la demanda. Por último, también no puede pasar por alto, para la no prosperidad de las súplicas anteriores, que se recepcionó la declaración de la señora **Beatriz Helena Parra Londoño**, quien señaló que al momento que ingresó el actor a la compañía, desempeñó el cargo de **Director Comercial** en el año 2015, que le consta que el señor **Veloza** firmó un contrato a término indefinido, y tenía un salario básico de \$4.600.000, con un esquema de comisiones por ventas, quien renunció a la compañía en el año 2017 y hasta ese momento le pagaron su salario y un garantizado de comisiones, y ella aprobó la liquidación del contrato del señor **Veloza**, y le pagaron todas las prestaciones salariales incluidas vacaciones y todo lo de ley, no tiene documento o cargo en su oficina que le conste el traslado a ese país, tiene entendido que se fue voluntariamente a México, que durante el tiempo que se trasladó el demandante le siguieron pagando el salario básico, garantizado de comisiones, prestaciones y la seguridad social, hasta el último día de su renuncia, como consta en la liquidación final”. En estos puntos anteriormente analizados, recuérdese que el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señala que las partes están obligadas a probar el supuesto de hecho de las normas jurídicas que invocan en su favor. En igual sentido, se ha dicho que en materia probatoria uno de los principios es aquel que quien afirma una cosa, es el obligado a probarla, siendo la prueba un medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales. Al respecto la

Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia Rad. 45089, MP GERARDO BOTERO ZULUAGA del 01 de junio 2016, señaló:

(...)Planteadas así las cosas, debe decirse que no es cierto lo manifestado por el recurrente en el sentido de que en este asunto la parte actora estaba relevada por completo de la carga de la prueba, habida cuenta que es sabido que quien pretende un derecho tiene la carga de alegar y probar los hechos que lo producen, pues «De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda (...)»negrilla y subrayado fuera de texto.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INDIRECTO Solicita la parte actora, se condene a la sociedad demandada a pagar a favor del demandante, la Indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa por parte del empleador, derivado de la renuncia motivada del trabajador.

Sobre el particular se tiene que uno de los principios rectores del derecho del trabajo, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, es el que trata de la estabilidad en el empleo, principio mínimo imperante en un estado social de derecho, bajo esa preceptiva quien invoca el reconocimiento de un derecho, debe demostrar el supuesto de hecho que afirma de tal manera corresponde al demandante probar el hecho del despido y bajo esa hermenéutica compete al empleador acreditar la justa causa que dio origen a tal decisión para ser exonerado de la carga indemnizatoria. Al respecto se ha pronunciado de manera pacífica la H. Corte Suprema de Justicia:

“En efecto, desde los pronunciamientos del Tribunal Supremo del Trabajo como de esta Sala de la Corte, se ha considerado que al trabajador sólo le basta con demostrar el hecho del despido, y que el empleador demandado que aspire a salir avante ante la declaración y/o condena pretendida por su antiguo trabajador, debe acreditar que éste incurrió en una conducta contraria a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales acordadas previamente, que ameriten su despido unilateral por justa causa”. (Sentencia Rad. No 29213 del 14 de agosto de 2007, M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz)

Por tanto, fue la parte actora, quien dio terminación al contrato como se aprecia de la carta de terminación (fls.21 a 23) y no se acreditó en el caso de autos las causas allí indicadas, no queda otro camino que despachar desfavorablemente esta súplica de la demanda.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA Solicita la parte actora, se condene a la sociedad demandada a pagar a favor del demandante, la Sanción Moratoria de un día de salario por cada día de atraso en el pago total de los salarios y prestaciones sociales, hasta la fecha en que se efectuó el pago total del mismo y está prevista en el artículo 65 CST, el cual establece que:

“ARTÍCULO 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.

Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de

retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en proveído de fecha 23 de enero de 2019, radicado No. 71154, Magistrada Ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, señaló:

« La sanción moratoria solo puede descartarse mediante un examen acucioso del material probatorio y la demostración de la buena fe patronal. Por tanto, si de las circunstancias fácticas se colige que el empleador obró con lealtad, sin ánimo de ocultación o de atropello, debe ser absuelto por dicho concepto, pues la existencia de una verdadera relación laboral no trae consigo la imposición de la sanción».

*De acuerdo a lo anterior y siendo que para el presente no se vislumbra que la demandada adeude suma alguna por concepto de salarios y prestaciones debidos y sin que aparezcan demostradas circunstancias que desvirtúen la presunción de buena fe que pesa sobre la parte demandada, e incluso, la sanción impuesta al empleador moroso tiene como causa la renuencia injustificada del sancionado al pago oportuno de las mencionadas acreencias, sin embargo si la mora obedece a dudas de buena fe acerca de la existencia de la obligación, deducción o monto de la misma, desaparece la causa y, por consiguiente, se hace inaplicable la sanción, para el presente caso objeto de estudio no se vislumbra mala fe por parte de la demandada, pues dio cumplimiento a las obligaciones derivadas de la relación laboral, por lo que, se torna improcedente lo pretendido y por ende se absolverá a la demandado de esta pretensión. **SÚPLICA SUBSIDIARIA.** Solicitó la parte demandante, como pretensión subsidiaria, se condene a la sociedad demandada a pagar la totalidad de las condenas del proceso en forma Indexada o actualizados al momento del pago. Empero y como quiera que no se fulminaron condenas a cargo de la parte demandada por concepto de salarios y reliquidación de prestaciones sociales, no queda otro camino que despachar desfavorablemente esta súplica de la demanda e incluso señalar que la finalidad de la indexación es resarcir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, sin embargo, se torna improcedente el reconocimiento de esta pretensión, en tanto no hay lugar al pago ninguna prestación. **PERJUICIOS ECONÓMICOS** Solicita la parte actora, se condene a la sociedad demandada, a reconocer y pagar el valor que resultará probado dentro del proceso por concepto de perjuicios económicos causados conforme a los traslados incurridos de Colombia a México y el respectivo retorno a Colombia, junto con los gastos de residencia. De todo lo anterior y al no haberse demostrado por el demandante, a quien le correspondía la carga dinámica de la prueba, en virtud a las preceptivas regladas en el art. 167 del C.G.P. aplicable por analogía a la materia laboral en virtud del art. 145 del CPTySS, y tampoco haberse acreditado en el plenario, el valor y/o tasación de los mismos, pues no puede partir el operador judicial de simples suposiciones o cábalas, no queda otro camino que despachar desfavorablemente esta súplica de la demanda; incluso también debe tenerse en cuenta que fue el actor quien dio por terminado el contrato de trabajo y aunado a que siguiendo los parámetros de la H. Corte Suprema*

de Justicia, Sala de Casación Laboral con ponencia del H. Magistrado Dr. JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA, ha dicho que es deber del demandante precisar o concretar la causa petendi de sus inconformidades, y con razón en Casación del año 2001 Acta 27 Radicación No. .15771 precisó:

“El derecho de defensa y el debido proceso exigen que la relación jurídica procesal quede delimitada abinitio en el juicio. Es por eso que el demandante, al elaborar su demanda laboral, debe ser cuidadoso no sólo al formular las pretensiones, sino de manera muy especial al presentar los hechos que constituyen la causa petendi. Si bien las falencias en cuanto a las primeras pueden ser reparadas en los juicios del trabajo por el juzgador de primer grado, en el desarrollo de la facultad ultra y extra petita, a condición de que los hechos que le sirven de apoyo hayan sido planteados y discutidos en juicio, no puede ese mismo funcionario, ni ningún otro, corregir el rumbo del proceso trazado por el accionante, alterando la causa petendi en que éste finco su acción.” En igual sentido la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, con ponencia del H. Magistrado Dr. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ, Radicación No 28878 Acta No 76 de fecha 7 de noviembre de 2006.

También resta reiterar nuevamente que en cuanto a la actividad probatoria de los hechos en que cimienta la demanda, la doctrina de los autores y la jurisprudencia reiterada de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, han manifestado:

“Sabido es que en materia probatoria es principio universal, el de que, quien afirma una cosa, es quien está obligado a probarla.

“La vieja máxima: onus probandi incumbit actori, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas ha sido tenida como conforme con la razón y con los más elementales dictados de la justicia. Siendo la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad pueda calificarla.

La obligación de probar, dice Lessona, no está determinada por la cualidad del hecho que se ha de probar, sino por la condición jurídica que tiene en el juicio aquel que lo invoca. “No importa que la prueba pueda ser fácil para el demandado y difícil para el actor; si el hecho que se ha de probar constituye extremo de la acción, debe probarlo el actor y no el demandado”. Y el tratadista colombiano Alzate Noreña se expresa así: “El objeto de la prueba no son los derechos sino los hechos; a las partes les corresponde suministrar los datos de los hechos, y el Juez aplicará el derecho que resulte de conformidad de ellos con la norma jurídica. En consecuencia, al que pretende un derecho le basta que alegue y pruebe los hechos que lo producen, y como en la lucha jurídica toda acción, por lo general, produce una reacción, si la parte demandada alega hechos que den lugar a principios para la acción contraria, debe probarlos”. Es este evento el que da lugar a la Máxima: “Reus excipiendo fit actor”. (Cas. 31 de mayo de 1.947 M.P.Dr. Diógenes Sepúlveda Mejía.)

COEXISTENCIA DE CONTRATOS Invoca la parte demandante que el 4 de febrero de 2015, en cumplimiento de órdenes impartidas por el empleador, el trabajador fue trasladado junto con su familia a México D.F., para prestar personalmente sus servicios y desempeñar las

funciones de Director de Operaciones en la empresa matriz de la empleadora, IQ ELECTRONICS INTERNACIONAL S.A. de C.V., con un salario mensual de (USD\$8.000) dólares americanos, (fl.38), que la sociedad empleadora se obligó a tramitar los permisos requeridos en México, para la permanencia legal del trabajador, con el fin que él pudiera ejecutar las labores encomendadas, Razón por la cual, el 11 de febrero de 2017 informó al empleador – IQ ELECTRONICS (hoy WODEN COLOMBIA S.A.S), su decisión de dar por terminado el contrato de manera unilateral, devengando un salario mensual de (USD\$8.000), (fl.62-63), renuncia que fue aceptada por el empleador a partir del día 25 de enero de 2017 (fl.64).

*La demandada por su parte, se opuso a lo anterior, por cuanto advierte que su representada en ningún momento le impartió la orden de prestar sus servicios en la ciudad de México; aunado a que tampoco modificó el cargo al de Director de operaciones e incluso que la sociedad IQ ELECTRONICS INTERNACIONAL S.A. de C.V., no es matriz de WODEN COLOMBIA S.A.S y por el contrario el motivo del traslado del demandante a dicha ciudad, se debió a una oferta laboral que él tuvo con dicha sociedad, en virtud de lo establecido en el artículo 26 de CST la cual permite la coexistencia de contratos; junto a que también el demandante solicitó autorización para prestar los servicios desde México y las condiciones laborales acordadas no sufrieron alguna modificación, por lo que continuó pagando el salario en los términos acordados. Por lo anterior, y nuevamente al analizar y valorar este operador judicial, todas y cada una de las pruebas que obran al presente proceso, según lo dispuesto por el artículo 60 CPTSS, imperioso es del caso reiterar, que las documentales allegadas no fueron tachados, ni desconocidos por las convocadas a juicio, tales como: Contrato del contrato de trabajo celebrado entre el señor WILMER ALEXANDER VELOZA RAMÍREZ y la sociedad WODEN COLOMBIA S.A.S. (folio 15- 19), Copia del certificado laboral de fecha 8 de febrero d 2017, emitido por la sociedad demandada. (folio 20), copia carta de renuncia de lo que se expresan las razones por las cuales por las cuales se da por terminado el contrato de trabajo. (folio 21-22), Notificación de terminación unilateral del contrato laboral, emitido por la parte demandada. (folio 23), comprobante de nómina desde el 16 de diciembre de 2013 hasta el 25 de enero de 2017. (folio 151 medio magnético), liquidación definitiva de prestaciones sociales del 1 de febrero de 2017, copia de la carta de aceptación de la carta de renuncia., copia del contrato de trabajo. (folio 151 medio magnético, copia del comprobante de pago de la liquidación definitiva de prestaciones sociales, copia del comprobante de pago de los aportes al sistema de seguridad social, copia del comprobante de pago de las cesantías al fondo de cesantías, copia del otrosí suscrito por las partes del 16 de diciembre de 2013, copia del otrosí suscrito el 1 de agosto de 2014, documentos que tal como se ha indicado a lo largo de esta decisión judicial, gozan de plena validez, pues, no fueron desconocidos por la parte demandada, aunado también a que la empresa IQ ELECTRONICS hoy WODEN Colombia S.A.S., no es la casa matriz ni filial de IQ ELECTRONICS INTERNACIONAL S.A. de C.V., quien funciona en el país de México, por lo que no goza de la categoría de expatriado. De otra parte, no puede pasarse por alto que al momento de absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demanda esté fue claro en señalar que: **“conoció a Wilmer Veloza, desde tiempo atrás y cuando se presenta la oportunidad de vinculación a la***

compañía de México, le expresó el interés de tener un mejor cargo, por lo que él demandado le comenta de la situación que estaba pasando la compañía IQ ELECTRONICS aquí en Colombia, la cual era bastante crítica, y como habían tenido una relación muy cordial, le expresó como veía que estaban las cosas por fuera de Colombia, le recomendó no llevar a su familia, y le ofreció mantener en Colombia, sus condiciones del cargo que ocupaba, por si cualquier cosa él veía que no estaba bien, pudiera retornar y continuar con su trabajo. Los señores Julio Fernández y Edgar Quevedo, fueron socios de IQ ELECTRONICS Colombia Ltda., y tenían sociedades en otros países, incluido México, en los cuales eran socios o parcialmente socios, y desconoce si dichos señores son socios de IQ ELECTRONICS INTERNACIONAL, sin embargo y por la estimación que siempre la ha tenido a Wilmer, le comentó a que se podía enfrentar en México, para que validará las condiciones, antes que llegara a cualquier acuerdo por fuera de Colombia. Y en ningún momento le entregó o firmó documento del viaje al exterior. Respecto del contrato de trabajo que suscribieron en el año 2013, no tiene conocimiento de cuál de los representantes legales lo firmó, existe probabilidad que haya sido el sr. Mario, quien lo hizo, aclarando el despacho que, en su oportunidad procesal, no fueron tachados los documentos que soportan la demanda, en la ciudad Bogotá-Colombia, no tiene conocimiento que el Sr. Wilmer se haya reunido con los señores Fernández y Quevedo, y lo que conoce de la situación, es lo que le comentaba personalmente Wilmer Veloza de lo que en algún momento hubiese conversado con ellos, que a ningún colaborador le pagan sumas en dólares, y que desconoce los acuerdos a los que haya llegado el señor Veloza en México, con los señores Fernández y Quevedo. En febrero de 2015, no terminó el contrato de trabajo con el señor Veloza, por el aprecio y la confianza que tenía a espera que regresara a ocupar el cargo, y mientras tanto le pagó el salario básico más un garantizado de comisiones, pago de seguridad social y prestaciones sociales, en enero del año 2017, conoció la renuncia que hizo el señor Veloza, la cual no tenía pretensión económica distinta a manifestar decisiones de tipo personal, por lo que la aceptaron y procedieron a efectuar la liquidación como funcionario de IQ Colombia, durante la ausencia del señor Veloza se contrató otra persona durante el periodo de un año, y al demandante se le pagó por conceptos de nómina y la hacían transferencia o dispersión de nómina, tenía conversaciones frecuentes con dos personas en Colombia incluso con el representante de IQ, no tiene conocimiento de la suscripción de un otrosí, con el demandante, y muy seguramente los primeros pasajes, se pagaron desde Colombia para que el señor Veloza viajara a México. En tanto afirmó el demandante en el hecho nueve, que, en cumplimiento de las órdenes impartidas por el empleador, tuvo que trasladarse junto con su familia a México D.F., para prestar sus servicios en la empresa matriz de la empleadora IQ Electronics Internacional S.A. de C.V., oportuno es del caso señalar que tal como lo ha sostenido la H. Corte Suprema de justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia SL9240-2017, de fecha 29 de marzo de 2017, MP JORGE LUÍS QUIROZ ALEMÁN, advirtió que:

“El expatriado es responsable además de suministrar a la Cía. los recibos correspondientes a los pagos de impuestos de renta realizados sobre los ingresos recibidos de la Cía. y las copias de

todas las devoluciones de impuestos presentadas de todos los años fiscales durante los cuales te encuentres completa o parcialmente en asignación como expatriado. Se te requerirá, además, previa solicitud, que suministres a la Cía. copias de todas las devoluciones de impuestos presentadas hasta cinco años después de terminar su asignación como expatriado”.

Observa este despacho que el demandante dentro del acervo probatorio no demostró ni aportó prueba alguna en esta materia. Y por otro lado, en el mismo, interrogatorio de parte que absolvió el demandante, éste señaló que: “Mario le dijo que había una oportunidad en México y que desde allí podían ayudar a la compañía y poder tener una ganancia en Colombia por las innovaciones cuando regresará cada tres meses, no pactó salario en dólares por escrito y que lo hizo de manera verbal con el señor Fernández y que todo estaba por WhatsApp, no tiene conocimiento que los trabajadores en Colombia ganan en dólares, que mientras estuvo en México, IQ Colombia le mantuvo el pago del salario básico pactado en Colombia, que una parte la pagan aquí para el sustento de su familia y otra o el restante de los (US\$8.000) en México, más la seguridad social. Que de acuerdo al convenio que hicieron y después de superar un período de prueba, ellos iban asumir. para subsanar los (US\$8.000), \$8.112.000 que acordaron, los aportes de la seguridad social en Colombia los pagaron, pero no sobre la base de los (US\$8.000) que acordaron, luego se vinculó con la empresa ENOVO, porque su economía estaba caída porque no le habían cancelado los salarios de 7 meses, haciendo mercado con tarjeta de crédito e incluso tuvo que vender una casa para sobre vivir en México, cuando renunció a IQ Colombia, había tenido unas entrevistas desde el mes de octubre, porque en México no tenía ingresos. En México le pagaban en efectivo y no tenía seguridad social, no tenía visa de trabajo y como tenía que estar con su familia tiene que abrirse y subsanar el déficit financiero en México de 7 meses, incluso tuvo un accidente del talón de Aquiles y no estuvo cubierto, ni por México ni Colombia, nunca le faltó a la compañía, no tenía conductor y se desplazaba más de 200 kms, IQ Colombia le pago su liquidación y no lo hizo sobre la base de los acuerdos pactados y les dio un plazo incluso les dijo que la primera cuota cómprenme un carro, la segunda a los 30 días la tercera cuota 60 días, siempre ha sido abierto para hablar, también tuvo una reunión con Mario en un restaurante Salitre Plaza para almorzar y le dijo que iban a hacer con esa plata y Mario le dijo; eso no es problema mío es problema de México, también estima a Mario porque lo conoce hace mucho tiempo, pero desafortunadamente cuando tienen una relación comercial, aunque se siente seguro, porque Fernández y Mario son los dueños, recuerda que para la fecha de los hechos Beatriz maneja la oficina de talento humano y no vio que los señores Julio Fernández o Mario le impongan a la señora Beatriz la contratación o desvinculación de algún empleado en IQ, porque no maneja el área de recursos humano. De igual manera, en el testimonio la señora “Beatriz Helena Parra Londoño, quien advirtió que desempeña el cargo de Directora de Capital Humano, manifestó ser especialista en recursos humanos y conocer al señor Wilmer Veloza desde el momento que ingreso a la compañía en el cargo de Director Comercial en el año 2015, le consta que el señor Veloza firmó un

contrato a término indefinido, y tenía un salario básico de \$4.600.000, con un esquema de comisiones por ventas, quien renunció a la compañía en el año 2017 y hasta ese momento le pagaron su salario y un garantizado de comisiones, y ella aprobó la liquidación del contrato del señor Veloza, y le pagaron todas las prestaciones salariales incluidas vacaciones y todo lo de ley, no tiene documento o cargo en su oficina que le conste el traslado a ese país, tiene entendido que se fue voluntariamente a México, que durante el tiempo que se trasladó el demandante le siguieron pagando el salario básico, garantizado de comisiones, prestaciones y la seguridad social, hasta el último día de su renuncia, como consta en la liquidación final. Igualmente la testigo señaló que: “ la estructura organizacional de la empresa desde hace 7 años que trabaja allí, y le consta que ningún empleado devenga o ha, devengado salarios en dólares, porque no tienen escala salarial en dólares, y jamás ha pagado a colaborador alguno en dólares, incluso el gerente general gana en pesos, que no ha recibido instrucciones, ordenes o recomendación de los señores Julio Fernández y Edgar Quevedo de desvincular o retirar a ningún funcionario, Colombia es autónoma y no tienen influencia de México, el Presidente y Director país en ese momento era el señor Mario García, y de él es quien recibe instrucciones de cualquier novedad o cambio de los empleados, el señor Mario García nunca le informó del traslado del señor Veloza a México, que le consta que el señor García y Veloza tenían un relación cercana, eran amigos y escuchó del señor García que le recomendó que no se fuera para México, y por ese momento le mantuvo el salario y un garantizado de comisiones mientras estuvo en México, siempre esperando que volviera y que le iban a conservar su cargo como Director Comercial hasta el momento que se enteraron que el renunció, que conoció la carta que presentó el señor Veloza, ella la leyó, decía que renunciaba porque no le habían cumplido con algo que la habían ofrecido y que tenía problemas personales y profesionales, por eso renunciaba. La empresa aceptó la renuncia, pero no los motivos, porque sus motivos eran de tipo personal y no laboral. Él dijo que su esposa se había ido con sus hijos y por su incumplimiento se había devuelto para Colombia y que le habían incumplido con sus pagos, que incluso, para garantizar que el señor Veloza, esposa y sus hijos tuvieran aquí en Colombia, los cubrimientos de la seguridad social tuvieran beneficios, gracias a los pagos que hacían aquí en Colombia, uno días antes de la renuncia la llamó Wilmer, expresando que estaba molesto. Posteriormente el trato fue con el señor García, dentro del historial en la empresa no aparecen registros en dólares y cree que todo fue con México, porque ellos no han tenido nada que ver con eso y cree que todo fue México. En el mismo sentido, manifestó no volver a ver al señor Veloza desde que fue a México, sino hasta que fue a renunciar, la instrucción que tiene del señor García, es que quería darle una garantía a Wilmer por si quería volver a Colombia y por eso la mantuvieron un salario básico y un garantizado de comisiones, todas sus prestaciones, seguridad social, pensando que su familia iba a estar aquí en Colombia, para que no tuvieran dificultades y le consta porque tenían un grado de amistad Wilmer y el señor García, que recuerda que el señor García le dio una ayuda en el momento que tuvo una dificultad económica, entonces por eso le dio la oportunidad de ese

cargo. Mientras estuvo en México, no hubo Director comercial en Colombia y demoraron mucho tiempo para conseguir otra persona, que Wilmer se seguía comunicando con las ejecutivas de cuenta y los atendía, hacían seguimiento a los negocios y acudían a conceptos de Wilmer durante el tiempo que estuvo en México, en febrero de 2015, no recuerda algún comunicado que dijera que el señor Wilmer iba a estar en México, y no termina el contrato del señor Wilmer porque fue más un acuerdo de México, para que cuando volviera a Colombia pudiera ocupar el cargo y para favorecer a la familia, entre los años 2015 y 2017, el señor Veloza se fue para México y le mantuvieron el pago de los salarios, no recuerda que la carta de renuncia incluyera cobros en dólares, la señora Beatriz aceptó una renuncia de un salario de \$4.600.000, un garantizado de comisiones, y seguridad social, las demás observaciones de la carta no le consta y no los aceptó, que tenía entendido que ya trabajaba en otra compañía cuando presentó su renuncia, entonces no tenía motivo para detenerlo u hacerle una contra oferta, que conoce el régimen disciplinario y sancionatorio de la compañía, las diligencias de descargos lo hace otra persona, entre febrero de 2015 y 2017, no hubo proceso alguno sobre el pacto de exclusividad con el señor Veloza, porque no hubo motivo y solo atendía instrucciones del señor García, para hacer llamados de atención, revisó la carpeta del señor Veloza y observó que no hicieron modificación al contrato, no reposa oferta laboral de otra empresa dentro de la carpeta, no hay visa de trabajo porque desde Colombia no le solicitaron documento alguno. Por otra parte, se recepcionó el testimonio de la señora Liliana García quien manifestó “que conoce a Wilmer desde el año 2013, fecha en la que ingresó a trabajar en la empresa, actualmente se desempeña como Gerente Comercial que el señor Veloza tuvo otros cargos dentro de la empresa, no conoció el salario de él, que no fue enviado por la empresa a México, lo que siempre manifestó es que quería ir a México con un mejor cargo al que tenía de Gerente Comercial, sabe de él porque fue su jefe y tenían buena relación y siempre manifestó querer irse a otro país, prestó sus servicios en Woden desde 2013, hasta aproximadamente 2016, cuando se fue a México le garantizaban aquí en Colombia, porque tenía su cargo para volver, hablaban de todo que iba a sumir un reto y le manifestó que se iba y que le garantizaban aquí su cargo, incluso eran dos personas que dependía de él, durante la instancia en México no tenían que rendir informes porque el que atendía la responsabilidad del cargo comercial lo asumió Mario, pero como tenían buena relación con Wilmer hablaban, pero no le deportaban, que conoce a los señores Julio Fernández y Edgar Quevedo, porque son los socios fundadores de IQ Colombia, no sabe de las negociaciones que haya hecho con el demandante, cuando Wilmer iba a regresar a Colombia, le comento que lo hacía por problemas familiares, y que venía a manejar negocios de ganadería y la gerencia general de ANOVO, no sabe si le suministraron tiquetes aéreos al demandante, no sabe si le deben valores relacionados con salarios. También advierte la testigo que: “Conoció a Wilmer cuando ingreso a trabajar en el 2013, entre 2013 y 2014 él asume la Gerencia de cómputo y electrónica de consumo, y a partir de ese año comienza a depender de él laboralmente a manejar cuentas de operadores, el asume el tema de México, finalizando 2016 regresa de México y renuncia,

cuando Wilmer regresaba de México hablamos que venía a manejar negocios de la familia y supo por los contactos que tiene, más exactamente con un ex cliente que Wilmer venía a ser el gerente de ANOVO y que iba a renunciar por problemas familiares, no le consta si devengaba en dólares, no conoce el contrato de trabajo del señor Wilmer, no conoce la carpeta laboral del señor Veloza.. En el contra interrogatorio que le hizo el Apoderado de la parte actora, indicó no ha celebrado contrato con otros países, en el contrato laboral celebrado con IQ Colombia tiene cláusula de confiabilidad, hablaron incluso en alguna ocasión que fue a México y le pidió que le trajera algo a la esposa y estaba Julio también, y me manifestó su inconformidad incluso de su tema familiar porque la señora estaba en Colombia y siempre ha sido importante el tema sus hijos.

Por todo lo anterior, encuentra el despacho, que se configuró lo establecido en el artículo 26 del CST-COEXISTENCIA DE CONTRATOS que es cuando:

“Un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más {empleadores}, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno solo”.

Por lo anterior, al existir vínculo laboral con IQ Electronics S.A.S (hoy WODEN COLOMBIA) y con IQ ELECTRONICS INTERNACIONAL S.A. de C.V., quien funciona en el país de México, se dio en el presente asunto dicha figura en nuestro ordenamiento laboral, siendo también oportuno señalar un pronunciamiento emanado de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2265-2018, de fecha 20 de JUNIO de 2018, MP RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, y quien es la llamada a la unificación de la jurisprudencia nacional indicó que:

“Según esta disposición, un trabajador puede ser titular de uno o varios contratos de trabajo y de uno o varios contratos civiles o mercantiles. Unos y otros válidamente coexisten con su propia fisonomía, regulación y autonomía, y no se superponen, implican o solapan. De acuerdo con ello, es válido que un trabajador en relación con una misma empresa tenga simultáneamente doble calidad: una, como trabajador subordinado bajo las reglas de la legislación laboral y, otra, como socio o accionista cuyo status lo regula el derecho societario. En un caso el vínculo se formaliza a través de un contrato de trabajo y en el otro mediante la suscripción o adscripción a un contrato de sociedad o de colaboración. En uno y otro, en cuanto vínculos jurídicos concurrentes e independientes, también los roles e intereses son disímiles. En el contrato de trabajo el empleado actúa subordinado y sometido a las órdenes e instrucciones de su empleador-nominador, sea la junta directiva, la asamblea o Radicación n.º 48492 SCLAJPT-10 V.00 33 cualquier órgano social competente. Aquí el objeto directo lo constituye la prestación personal de un servicio a cambio de una retribución (art. 22 y 23 C.S.T.), aunque indirectamente puedan existir otros intereses como el de participar o tener injerencia directa en la gestión de los negocios sociales”.

ULTRA Y EXTRA PETITA Se condene a la sociedad demandada al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, y/o se Condene al pago de sumas mayores que los demandados por el mismo concepto, cuando aparezca que éstos son inferiores a los que correspondan al trabajador, de conformidad con las facultades ultra y extra petita otorgadas al Juez laboral. **EXCEPCIONES y COSTAS** Por el resultado de la decisión, **se declara probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas en el presente asunto y se releva, el Despacho del estudio de las demás propuestas por sustracción de materia y por el resultado de la decisión.....”**

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación así:

“..Gracias, su señoría. Bueno, señor juez, primero que en virtud del artículo 66 del código de procedimiento de trabajo y la seguridad social, interpongo recurso de apelación en contra de su decisión, para que en efecto el superior jerárquico del tribunal superior de Bogotá, sala laboral, en su lugar, revoque la sentencia proferida por su despacho y en su lugar obviamente acoja las pretensiones que se deprecaron en el escrito de la demanda. Señor juez, **debo señalar que su despacho ha realizado una indebida valoración probatoria, pues obvió principios procesales y en materia probatoria como de la comunidad de la prueba y obviamente de las pruebas digamos que son relevantes para acreditar o no las excepciones de la parte demandada.** Señor juez, hay que recordar lo siguiente: las pretensiones o el problema jurídico que nos vincula en este proceso o nos vinculó en este proceso, era la existencia de un pacto salarial de 8000 dólares que se realizó entre la sociedad IQ Colombia y el señor Wilmer Veloza para prestar sus servicios personales en la ciudad de México, contra ello, en efecto, fue el señor Wilmer Veloza quien manifestó y presentó una renuncia motivada, indicando de manera expresa en su renuncia cuales eran los motivos que los conllevaran a tomar dicha decisión. Como consecuencia de estas situaciones, obviamente se desprendieron como a título de pretensiones la demanda, las sanciones y multas que se desprenderían de los artículos 64 y 65 del código sustantivo del trabajo. Señor juez, hay que resaltar lo siguiente: frente a las excepciones y contestación de la demanda, **la sociedad IQ Colombia de primera medida, manifestó a través de su apoderado y confesó lo siguiente, y se demostró en el transcurso del proceso, en las prácticas probatorias que en efecto el señor Wilmer Veloza desde el mes de febrero de 2015 se trasladó para la ciudad de México y para el país de México, y como medios exceptivos dentro de la contestación de la demanda, indicó que lo que sucedió fue o lo que se configuró fue lo gobernado en el artículo 26 del código sustantivo del trabajo, esto es, la existencia o concurrencia de contratos.** Frente a esta situación, señor juez, y bajo el principio denominado la carga dinámica de la prueba y lo regulado en el artículo 167 del código general del proceso, quien incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, debo señalar lo siguiente: **que se demostró y probó dentro del proceso, señor juez, dentro de las pruebas documentales se demostró lo siguiente y hago alusión en este**

momento al contrato de trabajo. En el contrato de trabajo, se demostró y probó con bastante claridad y precisión que IQ Colombia y el señor Wilmer Veloza se pactó una exclusividad de la prestación de sus servicios para esta empresa IQ Colombia, ello quiere decir que el señor Wilmer Veloza no pudo y estaba inhabilitado legalmente, contractualmente, para celebrar contratos distintos o con personas distintas a IQ Colombia. Tanto así que las partes llevaron esta situación de exclusividad y pacto de exclusividad en el contrato a un rango digamos de falta grave por parte del trabajador en caso de quebrantar este pacto que se realizó en el contrato de trabajo. Y esta situación sucedió de la siguiente manera: **también se probó de la siguiente manera que las partes dentro del contrato pactaron que el señor Wilmer Veloza podía desempeñar sus labores en lugar distinto, esto es, en lugar distinto al inicialmente acordado, puede ser local, departamental, nacional o extranjero, y eso fue lo que sucedió, se verificó y se constató tanto con los testimonios de la señora Beatriz parra, la señora Liliana García, incluso los interrogatorios de parte que el señor Wilmer Veloza si estuvo en la ciudad de México,** que obviamente no se le finalizó su contrato, no por situaciones solidarias o situaciones altruistas por parte del empleador, sino haciendo alusión a un elemento principal del contrato de trabajo que es la subordinación. Esta situación digamos que el despacho omitió el principio dogmático del derecho que un contrato celebrado, legalmente celebrado, es ley de partes, ello quiere decir que las partes dentro del caso que nos ocupa, no pudieron digamos celebrar, o el señor Wilmer Veloza no pudo celebrar un contrato de trabajo distinto al que tiene con la sociedad IQ Colombia. Señor Juez, tampoco se valoraron las siguientes pruebas y es el interrogatorio de parte y en este momento hago mención al señor Andrés García. **El señor Andrés García en su declaración confesó lo siguiente: 1, que el señor Wilmer Veloza es el trabajador que el señor Julio Fernandez es accionista, socio y dueño de la empresa IQ Colombia, y que el señor Andrés García es el representante legal, que ellos en el mes de enero y febrero de 2015 sostuvieron reuniones y convinieron a grandes palabras, lo hablo enfáticamente el representante legal de IQ Colombia, sostuvieron, convinieron en que el señor Wilmer Veloza se trasladara para la ciudad de México, el país de México, a realizar actividades misionales.** Todo con ello para que, porque manifestó el señor Andrés García que en el país de México tenía una situación digamos complicada, desde el punto de vista financiero y comercial, y **que el señor Wilmer Veloza era la persona quien iba digamos a recuperar o a iniciar estrategias comerciales en ese país, en México, para digamos sacar adelante esta sociedad.** Esta situación fue confesa por el señor Andrés García, igualmente que el señor Wilmer Veloza siempre sostuvo comunicaciones con el señor Andrés García, representante legal y con el señor Julio Fernández, quien es el dueño accionista e integrante de la asamblea de accionistas de IQ Colombia, que el señor julio Fernández fue y ha sido integrante del órgano social supremo, asamblea de accionistas y por ende el señor Wilmer Veloza lo manifestó que el siempre tuvo como esa línea vertical, ese grado de jerarquía y ese grado de subordinación, es decir, que si bien el señor julio Fernández era el integrante de la asamblea de accionista y propietario accionista, dueño y socio de IQ Colombia, era quien le impartía las órdenes a través de su representante legal Andrés García o de manera directa, dándose digamos que este principio de superioridad jerárquica en la compañía.

Esto que nos conlleva a establecer (...)Doctor, le doy 4 minutos más, pero por favor, 4 minutos más tiene de tiempo, por favor. **Señor juez, en efecto, se probó también de los testimonios se probó lo siguiente: que la señora Lina García manifestó en su declaración que la empresa IQ Colombia, siempre ha actuado y ha iniciado actividades misionales de todos sus empleadores.** Ella, como trabajadora indicó que prestaba el servicio para toda la región de Latinoamérica, Chile, Perú entre otras, y que frente a ello nunca celebró contratos con persona distinta, salvo IQ Colombia. Así mismo, manifestó el señor Andrés García que conocía la carta de renuncia, señor juez, **de la declaración de la señora Beatriz parra en su calidad de jefe de talento humano, que indicó, que el señor julio Fernández era el socio accionista y le asiste una subordinación frente a todos sus trabajadores, y la ausencia absoluta también; manifestó la señora Beatriz parra, que hay una ausencia absoluta de una oferta laboral que haya hecho la sociedad extranjera al señor Wilmer Veloza, que también hay una ausencia absoluta de visa de trabajo del señor Wilmer Veloza en la ciudad de México y que en efecto hay una ausencia absoluta del pago de la seguridad social en ese país México,** todo esto nos conlleva a establecer que en efecto el único contrato que se vio celebrado entre el señor Wilmer Veloza e IQ Electronic es el que impera en esta situación. También se señaló que en efecto no que no logró probar la parte demandada, **no logró probar la parte demandada muchas situaciones, no probó documentalmente alguna prueba o certificado que nos conllevara a establecer una coexistencia de contratos, no probó la parte demandada que el señor Wilmer Veloza tuviera visa de trabajo y que le permitiera esta celebración de contratos.** En virtud de la carga de la prueba, señor juez, también se probó lo siguiente: frente a la remuneración de 8000 dólares, de la carta de renuncia se estableció con claridad y precisión que la sociedad IQ Colombia y el señor julio Fernández le adeudaban al señor Wilmer Veloza la suma de 50.647 dólares, en el interrogatorio de parte practicado al señor Andrés García, manifestó conocer expresamente esta renuncia y no objetó esta suma de dinero, esto nos conlleva a establecer que si hubo un pacto en dólares y moneda extranjera de a partir del mes de enero de 2015, por las actividades misionales que el señor Wilmer Veloza fue a prestar en la ciudad de México, y así mismo también lo manifestó la testigo Beatriz parra, conoció esta carta y que no objetaron esta situación de cobro de los 50.647 dólares. Señor juez, por lo anterior se establece y es preciso indicar que hay ausencia absoluta por la parte demandada, **la parte demandada no logró probar la coexistencia de contratos y que la parte demandante, por lo contrario, estableció y probó que en efecto si hubo un contrato y que ese único contrato después de febrero de 2015, se celebró a raíz de 8000 dólares americanos** mes a mes. Así las cosas, señor juez, debo acudir como con sustento normativo a los artículos 25 y 53 de la constitución política, así mismo el código sustantivo de trabajo artículos 13, 14, 27, 55, 56, 57, 64, 65 y 135 del código sustantivo de trabajo. Si al señor juez le asistía alguna duda frente a la situación, a la litis que nos ocupó, **debió aplicar principios como el indubio pro operario, es decir, que si en caso de duda que le aceptara el señor juez, debió beneficiar al trabajador y no como lo que sucedió con su fallo, al empleador. También acudo al principio de la primacía de la realidad** sobre las formalidades, pues se estableció y se ha probado que la empresa iq Colombia, de una manera fraudulenta ha incentivado a sus trabajadores para que vayan al

exterior y realicen unas actividades misionales y contra estas actividades misionales no le realiza los pagos de los salarios que se hayan convenido, así sea de manera verbal. La buena fe del señor Wilmer Veloza en presentar la demanda que nos ocupa, se demostró dentro de sus haberes probatorios y se estableció con claridad y precisión que en efecto la carga de la prueba o la carga dinámica de la prueba era a cargo de la parte demandada, pues era el señor julio Fernández el accionista propietario y socio de la empresa iq Colombia. Y ellos debieron probar dentro de este proceso la coexistencia de contratos, que eso no sucedió, hay ausencia absoluta de prueba de la coexistencia de contratos y por lo contrario, si se probó que hay un único contrato y que en efecto si hubo una remuneración de 8000 dólares mensuales. Esto se le debe aplicar y se observa con la carta de renuncia presentada por el señor Wilmer Veloza a la sociedad IQ Colombia y al señor julio Fernández, carta de renuncia que fue conocida tanto por el representante legal y lo confesó en su interrogatorio y carta que fue conocida por la directora de talento humano, señora Beatriz parra...Doctor, le pido el favor, ya se ha sobrepasado de tiempo, ya le dije, pero usted no acata la instrucción, le doy un minuto más, pero por favor para que ya cierre la sustentación. Entonces señor juez, como anteriormente indiqué, con los soportes normativos y los soportes facticos y probatorios, solicito se me conceda el recurso de apelación para que el superior jerárquico en efecto revoque su decisión y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda por estar debidamente probadas y en efecto quebrantar principios de la carga dinámica de la prueba, que su despacho conoció, y su despacho igualmente desconoció y no valoró las pruebas en comunidad o en conjunto. Gracias, señor juez....”

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S esta Sala resolverá los motivos de apelación, en los que básicamente se afirma existió una indebida **valoración probatoria: saber; i) no se valoró el pacto de exclusividad entre IQ Colombia y el señor Wilmer Veloza lo que quiere decir que el señor Wilmer Veloza no pudo y estaba inhabilitado legalmente, contractualmente, para celebrar contratos distintos o con personas distintas a IQ Colombia, ii) indebida valoración del interrogatorio de parte de la demandada y las declaraciones de Lina García y Beatriz Parra, iii) Ausencia de prueba de la coexistencia de contratos, iv) aplicación de in dubio pro operarium y principio de realidad sobre las formas; temas que por su estrecha relación se resolverán de manera conjunta.**

Antes de resolver debe precisar la Sala que cuando el argumento de la apelación es indebida valoración probatoria, debe el recurrente señalar de manera precisa cuales fueron las pruebas erróneamente apreciadas o cuales,

dejadas de valorar, ya que, aunque el recurso de apelación no requiere de una técnica rigurosa ni de fórmulas sacramentales, sí, se itera, fija los puntos en virtud del principio de consonancia contenido el art 66 A del C P del T y de la SS, sobre los cuales puede pronunciarse el Tribunal; en ese orden y como ya se determinó la Sala se referirá a las señaladas por el recurrente, para finalmente referirse a los principios señalados esto es primacía de la realidad e in dubio pro operarium

Señala el recurrente que el asunto central para la definición de este proceso era demostrar la existencia de un pacto salarial de 8000 dólares y el traslado a México en virtud del mismo; pacto que dice incumplido, lo cual dio lugar a la terminación del contrato con justa causa atribuible al empleador y del cual se derivan las pretensiones. Agrega que el Juez se equivocó al afirmar como apoyo de su sentencia que no existió tal pacto sino dos contratos; esto es coexistencia de contratos, sin tener en cuenta que el celebrado entre las partes se lo impedía dado el pacto de exclusividad en el consagrado. Veamos.

En la demanda se afirmó que entre **IQ ELECTRONICS COLOMBIA SAS**, se celebró un contrato de trabajo a termino indefinido el 16 de diciembre de 2016, el cual fue aportado, obrando en el expediente a folios 15 al 19 y donde figura como empleador para precisar **IQ ELECTRONICS COLOMBIA “LTDA”**.

Efectivamente al revisarlo se encuentra que en las cláusulas dos y tres se observa que el empleador contrata en forma exclusiva **las funciones inherentes al cargo de gerente comercial y como una de las obligaciones especiales del trabajador, además de las determinadas en la ley; expresa que se compromete a laborar para el empleador en forma exclusiva sin dedicarse a ningún otro trabajo directa o indirectamente remunerado o no.**

De igual forma en el párrafo de la cláusula tercera se consagró, que sería falta grave el incumplimiento por una sola vez de las obligaciones allí pactadas.

Destaca la Sala el pacto, pues de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 del CST, un mismo trabajador puede celebrar uno o mas contratos

con varios empleadores, **salvo dice la norma que se haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno solo.**

De manera que es cierto, que este pacto de exclusividad existió; lo que no implica que el incumplimiento del acuerdo genere de manera expresa una consecuencia legal, lo que la hace una norma de aquellas denominadas en blanco; pues en la ley no se da otro lineamiento o sanción, no se encuentra ninguna, en los artículos relacionados con obligaciones y prohibiciones especiales del trabajador; _de ahí que la cláusula contractual la consagra como una obligación adicional a las de ley_; ni tampoco expresamente en el artículo 62 del mismo ordenamiento relativo a las justas causas de terminación del contrato.

Ha sido entonces la jurisprudencia la encargada de dar los lineamientos para dicha coexistencia, por lo que resulta valido traer a colación la sentencia SL1287-2021Rad N.º 86104 MP JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO **de** catorce (14) de abril de dos mil veintiuno (2021), en donde se expresó:

“(…)

No obstante que el cargo se dirige por la vía de los hechos, como quedó visto en los antecedentes del proceso, no son materia de discusión los siguientes hechos: (i) que Jeison Manuel González Romero suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demanda desde el 1º de enero de 2005 hasta el 28 de enero de 2016 cuando terminó por decisión unilateral de la accionada; (ii) que dicho contrato contempló en la cláusula primera que el demandante se obligaba «b) A no prestar directa ni indirectamente servicios laborales a otros empleadores, ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio, durante la vigencia de este contrato», (iii) que el actor participó como socio en la constitución de la empresa Blue Smart Inmobiliaria S.A.S., el 2 de mayo de 2013 y, (iv) que cedió sus acciones el 18 de febrero de 2015.

Así las cosas, sin olvidar que el recurrente enfatiza en la extemporaneidad de la alegación de los hechos que motivaron el despido, la controversia que corresponde dilucidar a la Corte se centra en revisar si la cláusula de exclusividad de servicios pactada entre las partes del contrato de trabajo, fue preterida por el demandante al ser parte en la constitución de la sociedad Blue Smart Inmobiliaria SAS, participación que cedió en el mes de febrero de 2015 y, por ende, si constituyó justa causa para la terminación del contrato laboral, tal y como lo concluyó el colegiado.

En lo que concerniente, esta Sala de la Corte en sentencia CSJ SL, 23 nov. 2010, rad. 39078, enseñó:

[...] conforme al artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, la regla general es que una persona puede prestar servicios a varios patronos, a menos que se hubiera pactado expresamente lo contrario, caso en el cual, en consideración del principio de la buena fe contractual, consagrado en el artículo 55 del estatuto sustancial del trabajo, y por tratarse de un pacto que no contraría regla de derecho alguna, al trabajador le queda vedada la posibilidad de prestar servicios a otro empleador, de la misma especie de los que ejecuta a aquél con quien convino la exclusividad, y si los llegare a prestar, indudablemente, estaría incurriendo en un incumplimiento contractual, que si se encuentra catalogado como grave, faculta al patrono para dar por terminado, unilateralmente y con justa causa, el contrato de trabajo.»

Así que, de acuerdo con la doctrina de la Sala, para que la violación de la cláusula de exclusividad pueda constituir justa causa de despido, deben concurrir al menos tres circunstancias de hecho: (i) que las partes la hubieren consagrado en el contrato, (ii) que pese al pacto, el trabajador hubiese prestados servicios «de la misma especie de los que ejecuta a aquél con quien convino la exclusividad» a otro empleador y (iii) que ese incumplimiento contractual se encuentre catalogado como grave....”

Claro resulta entonces que este caso, se dieron todas las condiciones para la validez del pacto de exclusividad, incluido la catalogación como falta grave de su incumplimiento.

No obstante, vale recordar que, en el contrato de trabajo, -que es eminentemente consensual-, pueden las partes hacer durante su desarrollo, todo tipo de modificación, lo que observa la Sala sucedió; aunque no de manera expresa si en forma tácita y aceptada, pues lo acreditado es que el trabajador si se vinculó por medio de otro contrato y a pesar del pacto, el empleador no tomó la decisión de terminar el contrato, sino que más bien y por el contrario lo consintió.

Y es que aunque el trabajador insiste en que hubo un traslado a México y un pacto salarial en dólares, no existe prueba alguna de ello, ni del interrogatorio de parte de la demandada que dice mal valorado, ni de la documental ni menos aún de las declaraciones de testigos; por el contrario analizando las pruebas la Sala encuentra: i) Efectivamente, IQ ELECTRONICS hoy WODEN Colombia S.A.S., no es la casa matriz ni filial de IQ ELECTRONICS INTERNACIONAL S.A. de C.V., que es la que funciona en México, ii) La demandada nunca admitió en el interrogatorio el traslado, por el

contrario aseguró que la vinculación allí fue por voluntad del actor y que la demandada consintió esa vinculación; es decir modificó por acuerdo el pacto de exclusividad, iii) La demandada siguió cancelando el salario pactado en Colombia, así lo afirmó la demandada en interrogatorio y **así lo confesó el actor en el suyo, no solo el básico sino comisiones y aportes, lo que se desprende de la liquidación;** iv) **también confesó el demandante que se vinculó con la empresa ENOVO, y aunque dijo que fue porque su economía estaba caída porque no le habían cancelado los salarios de 7 meses, existe prueba de lo contrario esto es del pago, así como del pago en México por el otro contrato, lo cual confesó el actor se hacía en efectivo.**

En cuanto a las declaraciones de las testigos Beatriz Parra y Lina García, contrario a lo sostenido por el recurrente, la Sala encuentra que de ellas no se deriva prueba alguna sobre el traslado a México y el pacto en dólares soporte de todas las pretensiones; ni tampoco una indebida valoración por el Juez al respecto; por cuanto la primera quien fungía como directora de capital humano de la demandada, solo dio fe del contrato celebrado en Colombia y del salario y las comisiones pactadas, el cual aseguró se tuvo en cuenta en la liquidación efectuada en 2017, agregando que no conoció del traslado del actor y por el contrario, dijo, sabe que se fue a México voluntariamente, que durante su permanencia allí se le siguió pagando lo acordado y que la empresa no tiene escala salarial en dólares por lo que nunca se ha hecho a ningún trabajador este tipo de pagos, así como que supo que el demandante ya trabaja en otra compañía cuando renunció. Tampoco la segunda testigo ayuda a dar por cierto lo que el recurrente dice estar acreditado por el contrario la testigo García afirmó no saber cual era el salario del demandante y que el actor no fue enviado a México siendo este quien siempre manifestó su deseo de irse y que supo de su regreso para asumir la gerencia de Anovo, así como da fe del manejo de temas laborales del actor desde México.

De manera que ninguna de las pruebas señaladas como mal valoradas en el recurso, lo fueron y muy por el contrario de acreditar el traslado y el pacto en dólares, soporte se itera, de todas las pretensiones, demuestran que el actor si laboraba mediante otro vínculo a pesar del inicial pacto de exclusividad y dado el consentimiento de las partes al respecto, durante varios meses incluso,

en los que dicho sea de paso el actor nunca reclamó el no pago del salario que dice acordado.

Finalmente debe indicar la Sala que se equivoca el recurrente cuando afirma que **en caso de duda en aspectos de pruebas; se debe resolver en favor del trabajador, tema que de vieja data ha sido aclarado por la Corte Suprema de Justicia que en sentencia de Rad 6734 de agosto 19 de 1994 expresó que no resulta lógico derivar del artículo 53 de la Constitución que este principio se haga extensivo a los casos en que el juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la valoración de una prueba;** sin que sobre recordar lo que la misma Corte ha señalado en cuanto a las características del principio:

“(…)

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.(Rad 40662 de febrero 15 de 2011M.p. Carlos Ernesto Molina Monsalve).

Por lo expuesto y dado que el demandante no logró demostrar el traslado a México, ni el pacto en dólares incumplido, forzoso resultaba absolver a la demandada de todas las pretensiones, pues se fundamentaban todas en ello,

tanto el pago de una indemnización por despido indirecto se itera apoyado en ese incumplimiento como todas las demás relativas a salarios y reliquidaciones.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

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



LORENZO TORRES RUSSY