



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

Veintinueve (29) de abril de Dos Mil Veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2018-00323-00
RADICADO INTERNO:	19.444
DEMANDANTE:	YORLEY LÓPEZ ROLÓN
DEMANDADO:	I.P.S. UNIPAMPLONA EN LIQUIDACIÓN

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por YORLEY LÓPEZ ROLÓN contra I.P.S. UNIPAMPLONA EN LIQUIDACIÓN, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2018-00323-00, y Radicación interna N° 19.444 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 13 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora YORLEY LÓPEZ ROLÓN, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra su empleador I.P.S. UNIPAMPLONA EN LIQUIDACIÓN, para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término fijo desde el 24 de septiembre de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2017 y se ordenara el pago de \$7.306.167 por concepto de bonificaciones dejadas de cancelar y que se ordene el pago de intereses causados desde el momento de efectividad hasta su cancelación definitiva.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que ingresó a laborar en la I.P.S. UNIPAMPLONA mediante contrato de trabajo a término fijo desde el 24 de septiembre de 2012 y prestó servicios hasta el 30 de septiembre de 2017, devengando un salario mensual de \$1.147.000 con auxilio de transporte por \$83.140 y además recibía mensualmente un valor de \$295.000 por bonificación.
- Que el 23 de enero de 2018 celebró audiencia de conciliación para reclamar los valores de prestaciones adeudados y se alcanzó acuerdo excepto por las bonificaciones, que se adeudan por total de \$7.306.167.

La demanda fue inicialmente presentada ante los Jueces Municipales de Pequeñas Causas Laborales, siendo admitida en auto del 25 de junio de 2018 por el Juzgado Segundo.

La demandada I.P.S. UNIPAMPLONA contestó a la demanda aceptando el contrato de trabajo y los extremos señalados, así como el salario indicado; negó la existencia de la bonificación como se indicó, advirtiendo que conforme al contrato suscrito la actora percibía un beneficio extralegal no constitutivo de salario que a partir de enero de 2016 ascendió a \$295.000. Afirmando:

- Que efectivamente el 23 de enero de 2018 se celebró audiencia de conciliación donde se alcanzó acuerdo por conceptos adeudados de prestaciones sociales (cesantías, intereses a cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte y dotación) que fue cancelado por transferencia y hace tránsito a cosa juzgada.
- Que no llegaron a acuerdo alguno por la bonificación, pero si acepta que actualmente adeuda a la actora la suma de \$6.195.000 por beneficios extralegales no constitutivos de salario causados de enero de 2016 a septiembre de 2017, que no ha podido cancelar por la difícil situación económica de la entidad en liquidación y que ha llevado al embargo de cuentas y congelación de saldos que impiden acceder a los dineros para cubrir esta suma. Propone como excepciones BUENA FE DEL EMPLEADOR, PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN, EXISTENCIA DE PROCESO LIQUIDATORIO y GENÉRICA.

La parte demandante presentó reforma de la demanda, donde adicionó como hechos que existió una moratoria desde abril de 2017 hasta el 23 de enero de 2018 en el pago de los salarios y liquidación final de prestaciones, por la cual se hace procedente exigir el pago de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y además el contrato fue terminado de manera unilateral y colectivamente, sin permiso del Ministerio del Trabajo para este acto, debiendo condenarse también a reconocer indemnización por despido sin justa causa

En audiencia del 30 de octubre de 2018, se admitió la contestación y ante la reforma de la demanda, se dispuso remitir a los Jueces Laborales del Circuito por ascender la cuantía de su competencia; siendo asignada al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta que avocó conocimiento en auto del 4 de diciembre de 2018 y corrió traslado de la reforma de la demanda, sin que la demandada se pronunciara al respecto.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 13 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante y la demandada IPS UNIPAMPLONA existió una relación laboral.

SEGUNDO: DECLARAR que a la terminación de la relación laboral entre YORLEY LÓPEZ ROLÓN e IPS UNIPAMPLONA, no se le efectuó el pago de bonos-auxilios adeudados.

TERCERO: DECLARAR que a la culminación de la relación laboral no se efectuó inmediatamente el pago de las prestaciones sociales y salarios adeudados.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por IPS UNIPAMPLONA.

QUINTO: CONDENAR a la IPS UNIPAMPLONA a reconocer y pagar los siguientes conceptos: \$5.310.000 por bonos auxilio, indemnización del artículo 65 del C.S.T. por \$4.129.199 e indemnización por despido injusto por \$4.320.366

SEXTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Que son problemas jurídicos a resolver, es si hay lugar a reconocer el contrato de trabajo reclamado, el pago de conceptos no cancelados por bonificaciones, condena por sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. e indemnización por despido injusto; advirtiéndole que la demandada al contestar la demanda, aceptó la relación pero que sí adeuda conceptos de beneficio extralegal no constitutivo de salario.

- Señala, que está demostrada el contrato a término fijo por 4 meses celebrado entre las partes el 24 de septiembre de 2012, que se prorrogó en 3 oportunidades por el mismo término y luego por periodos de un año, venciendo en teoría el último el 24 de enero de 2018; pero está probado que el contrato finalizó previamente y de parte unilateral por la demandada el 30 de septiembre de 2017, según liquidación final de prestaciones aceptada.

- Respecto del pago de prestaciones sociales inicialmente adeudado, que las partes aceptan haberlas conciliado ante el Ministerio del trabajo el 23 de enero de 2018 y allí se aprobó parcialmente una conciliación donde la demandada reconoció adeudar salarios y prestaciones por total de \$8.560.580, no aceptándose nada respecto del pago de bonificaciones que se afirman siguen adeudadas.

- Advierte que está aceptado el impago del concepto de 18 meses de bonificaciones o beneficios extralegales no constitutivos de salario, no existiendo prueba del pago posterior a la audiencia de conciliación y por la que se adeudan \$5.310.000.

- Sobre la terminación por despido injusto, establecida la naturaleza del contrato se evidencia que la última prórroga fue del 24 de enero de 2017 al 24 de enero de 2018 y finalizó unilateralmente por la empleadora el 30 de septiembre de 2017, quedando faltando 3 meses y 23 días sin que se esgrimiera justa causa para la terminación y procediendo la indemnización del artículo 64 del C.S.T. por los periodos restantes.

- En cuanto a la indemnización moratoria, se alega por la demandada que está en proceso de liquidación, pero esta situación no es excusa para dejar de cancelar los salarios y prestaciones a los trabajadores, debiendo evidenciarse en todo caso la intención de buena fe para dar cumplimiento a las obligaciones del empleador pues aun en esta situación puede incurrir en actos de mala fe; estimando que en este caso existen deudas anteriores al estado de liquidación y por ende no se evidencia buena fe, siendo procedente la condena por este concepto.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 Parte demandada

El apoderado de la parte demandada interpone recurso de apelación, sustentado de la siguiente manera:

- Expone que respecto de la indemnización por terminación sin justa causa, estima que no se consideró que la entidad tuvo justificación acorde al estado de liquidez al que está sometida e igualmente respecto de la indemnización moratoria, está demostrado que la entidad entró en liquidación por su déficit económico y no por capricho sino por disposición legal, derivada del incumplimiento de pago de terceros que llevo a terminar los contratos laborales pero actuando de buena fe y de manera transparente; prueba de ello es la intención de conciliar y pagar prontamente cada deuda con sus trabajadores, estando demostrado el estado grave de iliquidez que llevó a la liquidación judicial para absolver por estos dos conceptos.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes no presentaron alegatos de conclusión.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

¿Procede la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. por impago de las prestaciones sociales al finalizar la relación laboral?

¿Era procedente la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del C.S.T.?

7. CONSIDERACIONES:

Dentro del presente trámite ordinario, la señora YORLEY LÓPEZ ROLÓN interpuso demanda contra su empleador IPS UNIPAMPLONA para el reconocimiento de bonificación o beneficio extralegal adeudado desde enero de 2016 a septiembre de 2017 y para que se condenara por sanción moratoria debido a la demora en el pago de salarios y su liquidación final de prestaciones, así como a indemnización por despido injusto; condenas a las cual se opuso la demandada alegando adeudar un saldo menor de beneficio extralegal y que no procedía la sanción moratoria por actuar de buena fe y que hubo justa causa para terminar el contrato de trabajo.

Al respecto, el juez *a quo* declaró el contrato de trabajo en los términos aceptados por ambas partes y accedió a las condenas solicitadas, indicando que no se demostró pago alguno por concepto de bonificaciones, ni que se terminara el contrato alegando justa causa o que hubiera buena fe pese a la liquidación para haber demorado el pago de salarios y prestaciones; presentando recurso de apelación la demandada exclusivamente por estas dos últimas condenas.

Lo primero es señalar, que de conformidad con el principio de consonancia de que trata el artículo 66A del C.S.T, el debate en el presente asunto, se dirigirá exclusivamente a lo que fue objeto de impugnación, como es el determinar si era procedente condenar a la demanda I.P.S. UNIPAMPLONA a pagar en favor de la demandante YORLEY LÓPEZ ROLÓN la indemnización por falta de pago oportuno, prevista en el artículo 65 del C.S.T. y la indemnización por despido injusto.

7.1 Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Se solicitó en la demanda que ante el retraso en el pago de salarios y la liquidación definitiva de prestaciones con la terminación del contrato se condenara al pago de la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., a lo que accedió el juez *a quo* al estimar que pese a estar demostrado el estado de liquidación de la empresa demandada, es procedente la condena por evidenciar mala fe en su demora para cancelar las obligaciones de la trabajadora; conclusión que rechaza la demandada en su apelación, por considerar que está acreditado el estado de iliquidez de la empresa y la imposibilidad de realizar los pagos a los trabajadores, pese a lo cual se cumplió en el menor tiempo posible.

Al respecto, sobre la indemnización moratoria, se traerá a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-1091 de 2018 al indicar que esta condena *“tiene un carácter eminentemente sancionatorio, pues se genera cuando quiera que el empleador se sustrae, sin justificación atendible, al pago de salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del vínculo laboral”* y se ha agregado por la jurisprudencia *“que el juzgador no debe proferir condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe para exonerar al empleador”*.

Ante ello, no existe un parámetro objetivo para determinar la buena fe del empleador para no cancelar las prestaciones laborales respectivas al trabajador cuando ha finalizado la relación laboral, sino que compete al juzgador establecer si existió alguna justificación que permita entrever que el empleador entendía que no estaba obligado a cancelar los derechos reconocidos, o que estaba convencido de que existían serias razones objetivas y jurídicas para abstenerse de hacer los pagos.

La Corte Suprema de Justicia en providencia SL2809 de 2019 recordó que el hecho de que una empresa entre en estado de liquidación, no es una circunstancia que automáticamente la coloque en situación de buena fe, y como consecuencia, la releve de ser condenada a la indemnización moratoria; y recalca que se trata de una postura sostenida en decisiones anteriores, como la sentencia SL2448 de 2017 donde se explica que el hecho de que una empresa atravesase dificultades económicas que le lleven a acudir al trámite de reactivación empresarial e inclusive la insolvencia económica o iliquidez, es una circunstancia que *“por sí solo, no lo exonera de la imposición de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto, incluso en estos eventos, el patrono puede ejecutar actos contrarios a la buena fe en el no pago de acreencias adeudadas a los trabajadores a la terminación del contrato, por lo que es necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento del patrono para, de esta manera, predicar su buena fe”*.

En anteriores decisiones contra la misma demandada I.P.S. UNIPAMPLONA, encontró la Sala que la mera alegación de la demandada de encontrarse demostrado que atravesaba un proceso de iliquidez que la llevó al trámite de liquidación, por sí sola no es absoluta de la indemnización moratoria, sino

que se debe analizar en conjunto con las demás pruebas, si se encuentran debidamente acreditadas actuaciones denotativas de buena o mala fe, que permitan dirimir la procedibilidad de la condena sancionatoria y se concluyó que las circunstancias que llevan al proceso de liquidación deben ser previstas por la empresa para garantizar el pago de acreencias laborales, pues el trabajador no debe acarrear con las consecuencias financieras del mal manejo administrativo.

No obstante, en otros casos - como el presente - se evidencia una circunstancia diferente a los casos en que se impuso sanción moratoria, y es que la actora finalizó su relación con la demandada el 30 de septiembre de 2017, luego de que la Junta Directiva en asamblea del 26 y 27 del mismo mes aprobara la disolución y liquidación de la entidad.

Esto implica que no se evidencia una intención defraudatoria del empleador en el impago de las prestaciones al trabajador, pues sus actuaciones a partir del 27 de septiembre de 2017 estuvieron condicionadas por la liquidación y disolución de la empresa.

Mal podría entenderse que existe intención defraudatoria en un empleador que estaba sometido a un proceso de reestructuración y reconoce que se encuentra en imposibilidad de cumplir con las obligaciones vigentes para someterse al proceso de liquidación forzada o voluntaria, por lo que la asunción de pagos deja de estar a su disposición para recaer en el interventor y el esquema o plan de pagos que se propone y somete a consideración de todos los acreedores, siguiendo el procedimiento legal correspondiente.

Así lo ha entendido, la Sala de Casación Laboral en providencias SL2833 de 2017, SL17579 de 2017 y SL4476 de 2018 donde reiteró el siguiente precepto contenido inicialmente en sentencia del 10 de octubre de 2003 (Rad. 20.764):

“(...) Frente a la anterior situación, debe decirse que de imponerle la indemnización moratoria a un empleador que se encuentra en esas condiciones, es decir en liquidación obligatoria, no tendría razón de ser la expedición de las leyes especiales que permiten la intervención Estatal en las empresas, las cuales están destinadas a proteger no solo el capital y la inversión económica, sino también los intereses de los asalariados y por ende el derecho Constitucional al empleo consagrado en el artículo 25 del Ordenamiento Superior, que se orienta a que un agente estatal dirija los destinos de la unidad de explotación económica y pretenda ya la recuperación económica, ora la liquidación de la sociedad, todo, contra la voluntad del empleador y empresario, sin que pueda quedar al libre albedrío del promotor del acuerdo o del liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos destinados, a conservar el equilibrio de la compañía como persona moral y la igualdad entre los acreedores, según la filosofía propia de la liquidación forzada regulada en la Ley.

*Finalmente, **no puede deducirse que una empleadora que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes**, como para entrar a darle viabilidad al Art. 65 del C. S. del T., que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática.”*

De esta manera, es imposible desconocer que al someterse a este trámite la persona jurídica se desprende de su capacidad de tomar decisiones para ajustarse a las disposiciones legales, para el caso de las I.P.S., la norma

aplicable es el referido Decreto 1088 de 1991, cuyo artículo 58 remite a las normas previstas en los Capítulos IX y X del Código de Comercio en materia de liquidación y al respecto, el artículo 238 de esa norma señala como función del liquidador *“liquidar y cancelar las cuentas de los terceros y de los socios como se dispone en los artículos siguientes”*, obligando el artículo 242 a cumplir con la prelación de créditos consagrada en los artículos 1488 a 2511 del código civil y proceder con los pagos en orden con las ventas de activos inventariados.

Nótese que en la referida Acta No. 70 del 26 y 27 de septiembre de 2017, que ordenó la liquidación y fue aportada en la contestación, se advierte que las autoridades internas (subdirección administrativa, financiera, jurídica y revisor fiscal) advierten no contar con liquidez inmediata en sus cuentas, tener balances negativos del ejercicio y pasivos pendientes de pagar que arrojan un patrimonio negativo que es insostenible frente a la facturación de ingresos, no existiendo solvencia financiera para continuar su objeto social y luego de un estudio jurídico concluyen que es irremediable proceder a la disolución de la entidad, ordenando iniciar la liquidación acorde a los estatutos y la norma para lo cual disponen expresamente proceder a garantizar la prelación de créditos iniciando con las deudas laborales, designando el respectivo liquidador.

Estima la Sala, que acorde a las disposiciones legales aplicables es indiscutible que a partir de la designación del liquidador, inclusive en la liquidación voluntaria, este queda sometido a dar cumplimiento a las disposiciones legales de prelación de créditos y no obra prueba alguna que permita inferir que se utilizó este mecanismo para desconocer derechos al demandante, ni que la justificación que llevó a adoptar la decisión de disolución fuera falsa o errada y por ende, reitera la Sala, no se evidencia que exista mala fe en la actuación de la I.P.S. UNIPAMPLONA cuando al terminar el contrato de trabajo del actor el 30 de septiembre de 2017, posterior a la decisión de liquidación, se incurrió en mora en el pago de salarios y prestaciones pues para ese momento carecía de total control sobre sus cuentas, sino que estaba sometida al régimen de liquidación y no se demostró que pese a ello, incurriera en actos defraudatorios.

Por lo anterior, se revocará la decisión de primera instancia que condenó a la demandada por sanción moratoria dado el pago tardío de prestaciones sociales al finalizar la relación laboral, se absolverá por este concepto y se declarará probada la excepción de buena fe del empleador.

7.6 Indemnización por despido injusto.

Al respecto del despido, se solicitó en la demanda la indemnización por terminación sin justa causa del contrato de trabajo alegando que corresponde al término que hacía falta para terminar el plazo pactado y a ello accedió el *a quo*; a lo que se opone la demandada por considerar que la causa de la terminación fue el estado de disolución y liquidación que se ordenó el 27 de septiembre de 2017.

Para resolver lo anterior se debe tener en cuenta que el despido con justa causa, por regla general, no constituye una sanción disciplinaria, salvo que en el orden interno de la empresa se la haya dado expresamente ese carácter, según posición reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en providencia del 15 de febrero de 2011, Rad. no.39394, ha dicho:

“la naturaleza del despido no es la de una sanción, por lo que para adoptar una decisión de esta índole el empleador, salvo convenio en contrario, no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario”

Sin embargo, resulta claro que es inalienable la exigencia del derecho al debido proceso del artículo 29 de la Constitución Política, ante la existencia de cualquier procedimiento judicial o administrativo, en razón a la primacía para cualquier decisión del principio de legalidad; por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que *“para el evento de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir.”* (Providencia SL15245-2014. M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ)

De allí que, si bien no se le exija al empleador un procedimiento delimitado y concreto para el despido, ello no significa que este no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa; al respecto, recientemente en proveído SL2351 de 2020 la Sala de Casación Laboral ha complementado lo expuesto en precedencia y ha delimitado las garantías que deben preceder a la decisión de finalizar el vínculo laboral con base en una justa motivación, así:

*“a) **La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato**, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos .*

*b) **La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata**, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.*

c) Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo;

d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.

e) La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido.”

Se advierte que en este asunto la empleadora aceptó desde la contestación que dio terminación unilateral al contrato de trabajo el 30 de septiembre de 2017, pero no obra prueba de que hubiere comunicado a la trabajadora de esta situación informándole la justa causa alegada para tal fin, lo que constituye imposibilidad para alegar una causal posteriormente.

En todo caso, como se alega en este trámite que el contrato finaliza por liquidación o clausura definitiva de la empresa I.P.S. UNIPAMPLONA; esto es, una causa legal consagrada en el literal e del artículo 61 del C.S.T, pero no una justa causa de las consagradas en el artículo siguiente. Debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado en providencias como SL1154 de 2018 y SL1658 de 2020, que la finalización

del vínculo laboral por liquidación de la entidad es legal pero injusta y ante ello es procedente la indemnización correspondiente.

Inclusive, en el artículo el numeral quinto del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 se resalta que con la liquidación procede “*La terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores*”; de manera que se confirmará la condena impuesta por este concepto en el numeral quinto de la providencia apelada.

Para concluir, al proceder solo parcialmente el recurso de apelación de la demandada I.P.S. UNIPAMPLONA, se le condenará parcialmente en costas de segunda instancia en favor de la demandante y se fijarán como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia del 13 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en cuanto a la condena por indemnización moratoria y en su lugar ABSOLVER a la demandada por este concepto y declarar probada la excepción de buena fe del empleador, acorde a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás aspectos apelados de la providencia impugnada, según lo expuesto previamente.

TERCERO: CONDENAR en costas parcialmente en costas de segunda instancia a la I.P.S. UNIPAMPLONA en favor de la demandante. FÍJENSE como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Primero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54001-31-05-001-2019-00319-00

Partida Tribunal: 19549

Demandante: ALVARO CORDERO RODRIGUEZ

Demandada(o): COLPENSIONES / PORVENIR S.A.

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día **31 de agosto de 2021**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54001-31-05-001-2019-00319-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19549 promovido por el señor ALVARO CORDERO RODRIGUEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

I. ANTECEDENTES

El demandante ALVARO CORDERO RODRIGUEZ demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD del traslado y/o afiliación al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, se ordene su retorno al RPMPD administrado por COLPENSIONES y que PORVENIR, S.A., devuelva la totalidad de las cotizaciones y rendimiento financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual, al uso de las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Que nació el 16 de diciembre de 1955, que el 01 de julio de 1992 ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones al RPMPD, cotizando a CAJANAL. Que en mayo de 1995 fue trasladado desde el régimen de prima media con

prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR.

III. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDADAS

COLPENSIONES, S.A., a través de su apoderado judicial, acepta parcialmente los hechos, se opone a la totalidad de las pretensiones, sosteniendo que el demandante se afilió voluntariamente a PORVENIR encontrándose incurso en lo establecido por el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse. Como excepciones de fondo propuso las que denominó inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, prescripción, buena fe, innominada o genérica. Además, señaló que el cambio no fue efectuado por Colpensiones sino por la extinta entidad CAJANAL.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** a través de su apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda, señaló que PORVENIR S.A., previo a realizar cualquier tipo de afiliación de los fondos que administra, ofrece siempre una asesoría acompañada de profesionalismo y transparencia. Indicó que en el traslado efectuado inicialmente no existió vicio alguno que amerite o genere su nulidad o ineficacia y de accederse a las súplicas de la demanda, sería como que el demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual. Propuso como excepciones de fondo INEXISTENCIA DE LA OBLIACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, GENERICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 31 de agosto 2021, resolvió lo siguiente:

1) DECRETAR: LA NULIDAD E INEFICACIA DEL TRASLADO AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL QUE EL DEMANDANTE SEÑOR ALVARO COTERO RODRIGUEZ HIZO EN JULIO DE 1995, CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN.

2) CONDENAR: A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., A DEVOLVER AL SISTEMA TODOS LOS VALORES QUE HUBIEREN RECIBIDO CON MOTIVO DE LA AFILIACION DEL DEMANDANTE, COMO COTIZACIONES, BONOS PENSIONALES, SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA CON TODOS SUS FRUTOS E INTERESES COMO LO DISPONE EL ART. 1746 C.C., ESTO ES CON LOS RENDIMIENTOS QUE SE HUBIEREN CAUSADO, EN VIRTUD DEL REGRESO AUTOMATICO AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA ADMINISTRADA POR COLPENSIONES.

3) **ORDENAR:** A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES QUE UNA VEZ LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., DE CUMPLIMIENTO A LO AQUÍ ORDENADO PROCEDA A ACEPTAR EL TRASLADO DEL SEÑOR ALVARO CORDERO RODRIGUEZ DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA,

4) **CONDENAR:** A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., ASUMIR A SU CARGO LOS DETERIORES SUFRIDOS POR EL BIEN ADMINISTRADO, EN CASO DE QUE SE HUBIESEN CAUSADO, ESTO ES, LAS MERMAS SUFRIDAS EN EL CAPITAL DESTINADO A LA FINANCIACION DE LA PENSION DE VEJEZ, POR LOS GASTOS DE ADMINISTRACION EN QUE HUBIEREN INCURRIDO, LOS CUALES SERAN ASUMIDOS DE SU PROPIO PATRIMONIO SIGUIENDO LAS REGLAS DEL ART. 963 C.C. TODO CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN A LA SENTENCIA.,

5) **DECLARAR:** NO PROSPERAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS,

6) **COSTAS:** A CARGO DE LAS PARTES DEMANDADAS Y VENCIDAS EN JUICIO, EN ESTA INSTANCIA.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información al afiliado al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado. En relación a lo anterior, para el despacho la entidad demandada PORVENIR S.A. como Administradora de Fondo de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tenía la obligación de demostrar que en la fecha en que el actor solicitó su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le suministró información clara, suficiente y precisa sobre las consecuencias positivas y negativas de su decisión, que comprendiera no únicamente los beneficios sino los riesgos que este implicaba. Sin embargo, en este caso, no aportó prueba alguna sobre ello, aunque haya sido anexado el formulario de solicitud de vinculación suscrito por el demandante; tal documento no es suficiente para demostrar la validez del traslado, como ha sido explicado suficientemente por la jurisprudencia.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la ineficacia del traslado no es procedente por estar fundamentada en la falta de información al afiliado, siendo que el señor ALVARO CORDERO RODRIGUEZ estaba capacitado para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen. Señala que han pasado más de 20 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que el accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen. Señala que la carga de la prueba es dinámica, y que el

demandante no presentó actos recientes de voluntad de traslado al régimen de prima media.

Que la decisión de primera instancia, genera inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que, el demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca son suficientes para el otorgamiento de las pensiones, por lo que se genera un desbalance dentro de Colpensiones, situación que se debe cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional faltando menos de los 10 años para adquirir la pensión, trasgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100 de 1993.

PORVENIR, S.A., Alegó que el traslado de régimen no fue ilegal, por cuanto el fondo aplicó la legislación vigente al momento del traslado. Que los términos para ejecutar la acción de nulidad están prescritos en los términos del artículo 2536 del Código Civil, norma aplicable por analogía al procedimiento laboral, entiendo que no existe regulación especial en el área.

Consideró como no procedente la devolución de la comisión de administración cuando se declara la nulidad conforme al artículo 1746 del Código Civil, que trata de los efectos de la declaratoria de nulidad. No se puede desconocer que el bien administrado produjo unos beneficios producto de la buena gestión de la AFP. También señaló como no procedente la devolución del seguro provisional por falta de causa y porque afecta derechos a terceros de buena fe.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

PORVENIR S.A. manifiesta que, la sentencia de primera instancia debe ser revocada, por cuanto para la fecha que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal. Sostiene que la asesoría se cumplió siguiendo las reglas previstas en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, que consiste en suscribir un formulario con el afiliado cuyo contenido es dado por ley y que es pre aprobado por un ente de control y vigilancia Súper-Financiera, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones. Que la Administradora envía la información junto con los extractos trimestrales, en el año 2004, además, realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas

y el demandante no hizo uso de ese legítimo derecho. “*Nadie puede alegar su propia torpeza*”.

No estuvo conforme con la devolución de los gastos de administración, en considerar que despoja a la administradora de unas sumas causadas por su actividad durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado al Fondo, tales como la remisión de extractos, la disposición de canales de atención de los afiliados, la inversión de los recursos, cuya diligencia es precisamente el origen de los rendimientos de sus aportes generados en ese espacio.

Aseguró que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora, es decir gracias a la gestión de la administradora, lo que no hubiera sucedido en el RPM, primero, porque la ley establece que los rendimientos pertenecen al fondo de reparto común y segundo, porque en la práctica en Colpensiones los aportes efectuados por los afiliados de hoy financian las pensiones actuales y la diferencia se financia con los aportes de la Nación, es decir, en el caso particular del accionante, si se hubiere afiliado a Colpensiones hoy sus aportes no tendrían rendimientos y si se generaran los establecidos en la ley, a lo sumo serían equivalentes a los rendimientos en TES. Por último, no estuvo conforme con la condena en costas procesales.

COLPENSIONES alega que su actuación ha seguido las normas aplicables, asegura que a la fecha, el traslado efectuado al RAIS, tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado de régimen suscrito debe ser probada, tanto el traslado del PRMPD administrado anteriormente por CAJANAL, posteriormente al RAIS, en el mes de mayo 1995, a la AFP PORVENIR S.A., encontrándose laborando en la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, lo anterior de conformidad con lo consagrado en “Artículo 2° de la Ley 797 de 2003 modificó las condiciones para trasladarse de régimen, específicamente en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Que le corresponden a la Administradora De Fondo De Pensiones Y Cesantías PORVENIR S.A, probar que la información que brindó al actor al momento de afiliarlo y del cambio de régimen, fue idónea y la suficiente para que la decisión de traslado fuera libre de vicios, sumado a ello no es procedente el traslado de régimen por cuanto el demandante se encuentra dentro del rango de edad para jubilarse, puesto que ya cumplió la edad requerida para pensionarse, en virtud a que nació el día 16 de diciembre de 1955, contando con 63 años de edad al momento de admitida la demanda, motivo por el cual no es posible para COLPENSIONES aceptar el traslado del demandante.

Que la ineficacia o nulidad, es inoponible frente a terceros de buena fe, como en este caso COLPENSIONES, mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, aunado a que se pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que, en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

Que en el evento de que se considere que existió las causales para la ineficacia o nulidad del traslado, solicita que se revise el estado actual del demandante y si se encuentra en condición de pensionado toda vez que, ya supero la edad establecida para obtener la pensión de jubilación, puesto que no se puede retrotraer el estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado, y es, el que el afiliado ya se encontrare con la condición de pensionado, y esto implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía, en virtud a la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en exposición de la Magistrada Ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, la cual deja de forma clara los casos excepcionales en las cuales no se puede reconocer la ineficacia de la afiliación o traslado.

Por último, reitera la excepción de prescripción y que no esta conforme con la condena en costas procesales.

VII. CONSIDERACIONES

La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001; igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

Así las cosas, el **Problema Jurídico** a resolver se reduce a establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por al demandante ALVARO CORDERO RODRIGUEZ desde EL RPMPD primero CAJANAR luego COLPENSIONES hacia la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. –RAIS-; en tal caso, determinar las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-.

Se examinará si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Por último, se revisará la condena en costas procesales.

A fin de resolver lo anterior, la Sala acatando lo normado en los artículos 60

y 61 del C.P. del T. y de la S.S., tendrá como pruebas los documentos debidamente allegados al plenario tanto por el demandante como por las entidades demandadas, advirtiéndole que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario.

Solución del problema jurídico.

Dado que lo pretendido por el demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que asegura, su transferencia del ISS a PORVENIR S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento del señor ALVARO CORDERO RODRIGUEZ para realizar el cambio advertido.

En tal sentido, se rememora que los afiliados al sistema de seguridad social están facultados para escoger libremente a qué régimen se afilian, tal como lo preceptúa el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, en el que va inmerso como principio fundamental el consentimiento libre e informado y, en el evento de que se vislumbre un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será posible declarar la nulidad de tal escogencia.

Las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones, con fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1.993; así mismo, se advierte, que el deber de información que le impone la ley a las administradoras de pensiones, se entiende como **obligación de carácter profesional** que se materializa a través de expertos en la materia a quienes le corresponde suministrar toda la información necesaria y relevante según sea el escenario en que se encuentra el afiliado o potencial vinculado, lo que implica un asesoramiento desde la antesala de la afiliación y que se extiende a todas las etapas de este proceso hasta que se garantice el disfrute de la pensión.

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 *“por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones”* impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro que el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2.015 y la circular Externa 016 de 2.016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las

inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

Por lo antes mencionado, los fondos de pensiones son entidades con responsabilidades profesionales, aspecto plenamente respaldado en los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 y 1603 de C.C., por su responsabilidad en un tema tan técnico y profesional tienen el deber y la obligación de entregar una información clara y comprensible a las personas interesadas en adquirir sus servicios y afiliarse a las mismas.

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado, no siendo suficiente el simple consentimiento informado expresado en el formulario de afiliación, ya que esto no demuestra que en efecto se cumplió con el deber de suministrar dicha información, demostración esta que por demás se encuentra, dentro de un proceso judicial, en cabeza del Fondo de Pensiones, invirtiéndose la carga de la prueba. (Ver sentencias de radicados N° 31989 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicado n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 27 de septiembre de 2017, SL 17595 con radicado n° 46292 de 18 de octubre de 2017, la sentencia SL 2372 con radicado n° 45041 de 23 de mayo de 2018, sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018 y SL1452 de 2019).

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que la afiliado recibió la información adecuada, suficiente y cierta sobre su traslado, bajo el entendido de que las mencionadas entidades fueron creadas para cumplir un servicio público como lo es la seguridad social, con conocimientos y experiencia que resultan confiables a los ciudadanos quienes les entregan sus ahorros para la previsión a su vejez, invalidez o muerte.

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad

social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales, los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

Y entonces, según lo expuesto, se encuentra en cabeza del fondo de pensiones la obligación de controvertir la declaración de ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que, en su libelo introductorio, del señor ALVARO CORDERO RODRIGUEZ afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR S.A., lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

Caso concreto

Bajo las anteriores consideraciones y con el objeto de dar respuesta a los recursos de apelación de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respecto a **la demostración de un consentimiento informado** en el traslado de régimen, se tiene que en reiterados pronunciamientos proferidos por esta Sala en consideración a las indicaciones del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, se ha dicho que, es responsabilidad de las Administradoras del Fondo de Pensiones, acreditar que el afiliado recibió la información completa, eficaz, clara y precisa, ya que la manifestación del afiliado constituye un ***supuesto negativo*** que no podrá ser demostrado por quien lo invoca, sino mediante un ***supuesto positivo contrario***, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta.

«Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (SL1688-2019).

Así las cosas, se tiene que el demandante nació el 16 de diciembre de 1955, que el 01 de julio de 1992 ingresó al RPMPD, cotizando a CAJANAL luego al ISS. Que en mayo de 1995 fue trasladado desde el régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR.

Este hecho fue probado a folio 12 (folio 09 del expediente digital) se observa formulario de afiliación a PORVENIR S.A. con N. 00538998 se observa que el demandante se trasladó al Fondo de Pensiones PORVENIR el 23 de mayo de 1995, documentos que acreditan la fecha exacta del movimiento. Circunstancia

que no demuestra la obligación de la AFP analizada en renglones anteriores, pues la información y la libre escogencia, no se trata de diligenciar un formato ni adherirse a una cláusula genérica, *“sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”*. (ver sentencia SL19447-2017).

Así las cosas, en efecto, PORVENIR no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular del demandante, de tal suerte que las afirmaciones contenidas en la contestación de la demanda, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público.

Luego entonces, en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que, en este caso en particular, suministró al demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Bajo las anteriores circunstancias, los argumentos sostenidos por los recurrentes COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., no gozan de asidero jurídico, reiterándose que, en efecto, PORVENIR S.A. no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular del demandante.

Además, le correspondía a dicho FONDO acreditar que informó de manera

clara, suficiente y apegada a la realidad, al demandante en todo lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica como la contenida en la solicitud de vinculación, no es suficiente para inferir que existió una decisión documentada por parte del actor, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva PORVENIR.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo el demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PORVENIR S.A. y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual del demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento (error) por falta de asentimiento informado, no asistiéndole la razón a los recurrentes y quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable a el demandante ALVARO CORDERO RODRIGUEZ.

Montos a restituir.

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con el traslado de régimen por el demandante, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Además, la mencionada Corporación se pronunció en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *statu quo ante* no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o

compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliado al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En este mismo sentido, la mencionada Corporación en su sentencia Rad. 31989 del 8 de septiembre, señaló:

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PORVENIR S.A. las cosas deben retrotraerse, como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, confirmándose de esta manera, lo resuelto por la Juez A quo, en el sentido de reafirmar que al declarar la ineficacia del traslado de régimen realizada por el afiliado ALVARO CORDERO RODRIGUEZ desde el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A, éste último deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización.

Esto fue recientemente establecido por la HCSJ en su Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL2877 de 2020, donde se indicó lo siguiente:

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.”

Así las cosas, no queda otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en cuanto condenó a la demandada PORVENIR S.A. a “...ASUMIR A SU CARGO LOS DETERIORES SUFRIDOS POR EL BIEN ADMINISTRADO, EN CASO DE QUE SE HUBIESEN CAUSADO, ESTO ES, LAS MERMAS SUFRIDAS EN EL

CAPITAL DESTINADO A LA FINANCIACION DE LA PENSION DE VEJEZ, POR LOS GASTOS DE ADMINISTRACION EN QUE HUBIEREN INCURRIDO, LOS CUALES SERAN ASUMIDOS DE SU PROPIO PATRIMONIO SIGUIENDO LAS REGLAS DEL ART. 963 C.C. TODO CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN A LA SENTENCIA.”

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

Dicho lo anterior es necesario para esta Sala, pronunciarse respecto de la excepción de prescripción formulada por las demandadas, la cual se procede a denegar su prosperidad bajo los siguientes razonamientos.

La selección de régimen pensional es un acto derivado de la relación de afiliación (artículo 13 de la Ley 100 de 1993, hoy modificado por el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994), de tal suerte que la circunstancias en que se dio el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad de la demandante, precedido del deber del buen consejo por parte de la administradora de pensiones en la oferta precontractual de servicios que en el presente caso no se avizora, fue, en esencia, la forma en que nació a la vida jurídica el HECHO DE LA AFILIACIÓN al régimen de ahorro individual, por lo tanto, esa concreta situación fáctica que resulta inherente a la consolidación del ESTATUS PENSIONAL de la demandante no está sujeta al fenómeno de la prescripción, lo que igualmente se predica de la condición de afiliado y los actos que emanen de tal condición, pues de allí surge el derecho a percibir y disfrutar vitaliciamente de la respectiva pensión.

En ese sentido, podemos concluir que la condición de afiliado y por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional.

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, ha señalado que los elementos consustanciales de la pensión no prescriben, como es el caso, del factor porcentual de la mesada, el salario, los límites temporales del IBL y la indexación, por lo que, la afiliación y cualquier acto derivado de la misma en el sistema pensional, a pesar que no sea un factor cuantitativo del derecho, necesariamente deben calificarse como elementos esenciales de status pensional, porque recuérdese que de la validez jurídica de esos actos deriva no solo el régimen a aplicar al pensionado, sino también a cual la entidad administradora de fondos de pensiones le compete el reconocimiento y pago de una prestación económica.

En suma, al tener la afiliación y sus actos subsiguientes, una estrecha relación con el derecho pensional, valga decir, por ser inherentes al mismo, resulta viable formular los reparos correspondientes en cualquier tiempo, al punto que, si se pensara de forma contraria, ni siquiera sería viable el retorno al régimen de prima media, en el evento en que se cumpla el requisito de

permanencia mínima, ni los traslados entre administradoras pensionales.

Es entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas.

Igualmente, este criterio de imprescriptibilidad tiene sustento en argumentos expuestos en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, en providencia STL4593 de 2015, Radicación 39718 siendo magistrado ponente Jorge Mauricio Burgos Ruiz, donde se señaló que la nulidad de traslado sería imprescriptible si estuviera estrechamente ligado con la adquisición del derecho pensional, como derecho fundamental y como prestación económica ligada al mínimo vital y al derecho al trabajo dla demandante, y el mismo estuviere amenazado con la proposición del medio defensivo de la prescripción.

En virtud a lo anterior, esta Sala arriba a la conclusión sobre la imprescriptibilidad del derecho a solicitar la nulidad de la afiliación, si se tiene en cuenta que precisamente la afiliación es la que genera para el afiliado la posibilidad de obtener el derecho pensional, por supuesto, en las condiciones más beneficiosas, por lo que al estar íntimamente ligados, afiliación y status de pensionado, de ambos se debe predicar la imprescriptibilidad para hacer valer tales derechos de forma que se acompasen a la legalidad.

COSTAS PROCESALES

Por último, se rememora que las costas judiciales son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se incluyen: (i) **las expensas**, que son los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso y los causados en el desarrollo de la actuación, pero siempre distintos de los honorarios que se pagan a los abogados, como por ejemplo, la producción de determinadas pruebas, el valor del desplazamiento y el tiempo ocupado por los testigos en su declaración, las copias necesarias para surtir determinados recursos etc., y (ii) **las agencias en derecho**, que consisten en el valor que el juzgador le da al trabajo del profesional del derecho que ha salido avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales,

debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto dichas entidades fueron vencidas en el proceso, a su cargo deberán imponerse las costas.

En cuanto a la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, traída por COLPENSIONES en los alegatos de segunda instancia, esta Sala considera que no es procedente su aplicación en este asunto, ya que de ningún modo comparten iguales supuestos fácticos, siendo que, el demandante en este asunto hasta la fecha no ha sido pensionado, no goza de una situación jurídica consolidada que impide la declaración de la nulidad del traslado.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.00 m/cte.) a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A. y en favor del demandante.

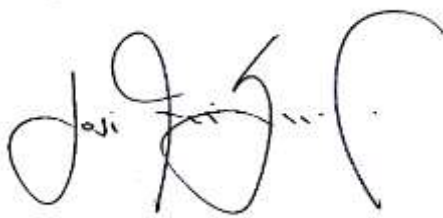
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 31 de agosto de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a CUATROSCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A. y en favor del demandante ALVARO CORDERO RODRIGUEZ.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

RAD: 54-001-31-05-001-2020-00113-01

P.T. No. 19.252

REF: Ordinario

DEMANDANTE: Nohra Lourdes Gamboa Toloza

DEMANDADOS: Porvenir S.A. y Colpensiones.

En atención al recurso de casación interpuesto por la AFP Porvenir S.A., por tratarse de un asunto donde la pretensión es la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual para retornar al régimen de prima media, cuando la única interesada en recurrir en casación es la AFP a quien se ordenó trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, se ha concluido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia AL5268 de 2021:

“Definido está qué, en oportunidades anteriores la Corporación ha precisado que cuando en esta clase de asuntos la sentencia se restringe a que el fondo privado traslade a Colpensiones los saldos existentes en la cuenta del afiliado, la AFP carece de interés económico para recurrir en casación, por cuanto dichas sumas y los rendimientos financieros que comprende esa medida no hacen parte de su patrimonio, sino que pertenecen a la persona asegurada.

Así, debe entenderse que el único agravio que pudo recibir la parte recurrente fue el hecho de habersele privado de su función de administradora del régimen pensional del demandante y que en ese sentido dejaría de percibir a futuro los rendimientos por su gestión, perjuicios estos que, además, no se evidencian en la sentencia de segunda instancia (CSJ AL, 13 mar. 2012, rad. 53798, CSJ AL3805-2018, CSJ AL2079-2019 y CSJ AL3657-2020). Precisamente, en la primera providencia referida la Corporación señaló:

[...] La carga económica que se impuso a la demandada, con la sentencia proferida por el ad quem se concreta al traslado al I.S.S. del valor de los saldos por concepto de: cotizaciones, rendimientos y bono pensional, que figuren en la cuenta de ahorro individual de la actora.

De cara a la orden impartida por el Tribunal es claro que la demandada no sufre ningún perjuicio económico con la decisión proferida por el ad quem, si se tiene en cuenta que dentro del RAIS el rubro que conforman las cotizaciones, rendimientos y bono pensional, aparecen dentro de la subcuenta creada por el Fondo a nombre de la

demandante al momento de su admisión como afiliada, recursos que si bien deben ser administrados por la entidad recurrente, no forman parte de su patrimonio, por el contrario, corresponde a un patrimonio autónomo de propiedad los afiliados a dicho régimen, que para el presente, dichos recursos pertenecen a la misma promotora del litigio, por ello, es la titular de la subcuenta de ahorro individual, como corresponde a todos los afiliados al RAIS.

Por tanto, los recursos que figuran en dicha subcuenta individual, las efectuó únicamente la demandante, tales como las cotizaciones, rendimientos financieros y bono pensional, que por tratarse de un traslado no hay lugar a redención, y por tanto, continúa a cargo de la oficina de misma O.B.P del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en estricta sujeción al espíritu, características y principios que informan el RAIS; de suerte que la convocada a juicio, no incurre en erogación alguna que sirva para determinar el importe de agravio o perjuicio que la sentencia puede estar ocasionándole. [...]

De acuerdo con lo anterior, y en el entendido de que la recurrente en casación solo trasladará aportes y rendimientos financieros, los cuales no hacen parte de su patrimonio al pertenecer estos a saldos que integran la cuenta de ahorro individual de la persona afiliada provenientes del régimen de ahorro individual, y ello no constituye agravio alguno, no resulta forzoso concluir que carece de interés económico para recurrir.”

Conforme a este precepto jurisprudencial, se advierte que solo cuando el fondo pensional demuestra en el curso del proceso la existencia de un perjuicio concreto a su patrimonio y estima el valor del mismo, es susceptible de conceder el recurso de casación; pues de no hacerlo, se hace improcedente al tratarse de una pretensión declarativa en su contra y cuyo cumplimiento se limita al traslado de aportes y rendimientos de los que no es titular.

Comoquiera que en el sub judice, la recurrente no demuestra perjuicio y/o agravio alguno, no se concederá el recurso de casación impetrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G.

Nidiam Belén Quintero Gelves

José Andrés Serrano Mendoza

José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Rad. Juzgado: 54001-31-05-001-2020-00160-00
Partida Tribunal: 19740
Demandante: NORBERTO PINTO TORRES
Demandada(o): COLPENSIONES, PORVENIR Y
PROTECCIÓN

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020, se corre traslado a la parte apelante para que en el término de cinco (05) días proceda a presentar sus alegatos de conclusión, vencido lo cual correrá el término para alegar de la parte no apelante.

Se les recuerda a las partes que los alegatos en segunda instancia deberán estar en consonancia con los concretos motivos de inconformidad señalados en el recurso de apelación, de conformidad con el artículo 66A del CPTYSS adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001.

Conforme al artículo 4 del citado Decreto Legislativo, en caso de que las partes requieran acceso al expediente, podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) el acceso a las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión.

Surtidos los términos de traslado para alegar, procederá la Sala a proferir sentencia por escrito, que será publicada por estado, conforme el numeral 1° del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2014-00637-00

Partida Tribunal: 19324

Juzgado: Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: Roque Julio Rodríguez C.

Demandada (o): EXPLOCAR LYDM S.A.S.

Tema: Contrato de Trabajo-ELR

Asunto: Consulta.

San José de Cúcuta, **veintinueve** (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el día 30 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-002-2014-00637-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 19.324 promovida ROQUE JULIO RODRIGUEZ CAICEDO en contra de la sociedad EXPLOCAR LYDM S.A.S en liquidación y al señor JOSÉ ARMANDO RUBIO RINCÓN vinculado como litisconsorte necesario.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó la declaración de un contrato de trabajo inferior a un año desde el 24 de enero de 2013; que se declare la ineficacia del despido del 30 de octubre de 2014 porque el trabajador se encontraba en condición de discapacidad a esa fecha; que se declare que devengada \$1.200.000 mensual; en consecuencia, se condene al empleador al reintegro en iguales condiciones, al pago de salarios, prestaciones sociales (cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios, vacaciones), al pago de la dotación, cotizaciones a la seguridad social integral salud, pensión y riesgos laborales, al subsidio familiar, ICBF, SENA, al pago de la indemnización prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, al pago de la indemnización por perjuicios morales y al pago por condena en costas.

II. HECHOS

El demandante sustenta las pretensiones en que, suscribió contrato de trabajo a término inferior a un año con la empresa demanda el 24 de enero de 2013, que laboró en oficios varios mineros, que prestó sus servicios en la Mina Anacahuales corregimiento de San Pedro, Vereda Carrillo, Cúcuta; que devengó un salario mensual promedio y variable de \$1.200.000, que desde

el mes de septiembre de 2013 presentó “dolor en manos y antebrazos predominio izquierdo”, que el 31 de octubre de 2014 el empleador terminó el contrato de trabajo por decisión unilateral invocando una supuesta justa causa; que el empleador no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para despedirlo, porque reunía la condición de discapacitado según el art. 26 de la Ley 361 de 1997; que el empleador tenía conocimiento de su condición de salud; que el 5 de noviembre de 2014 la evaluación médica ocupacional evidencia las condiciones de salud; que el 11 de noviembre de 2014 el médico laboral expidió unas recomendaciones laborales; que el 15 de enero 2015 la fisiatra ordenó terapias físicas y ocupacionales; que sufrió perjuicio moral con la terminación del contrato, pues *“fue ofendido en su dignidad, lo que le ha causado indignación, tristeza y frustración, especialmente porque le ha sido atribuido por el empleador la comisión de los delitos de tentativa de lesiones personales y de aborto preterintencional”*.

NOTIFICACIÓN AL DEMANDADO

La empresa demandada a través de su apoderado judicial contestó la demanda, aceptó los hechos parcialmente, se opuso a todas las pretensiones alegando que, carecen de fundamento legal, que la empresa no le debe nada al demandante, que las pruebas aportadas en el proceso de radicado 2014-0637 y aquellas obrantes en el radicado 2015-0175, demuestran en forma *“clara, contundente e irrefutable que: i) el señor Roque Julio FUE DESPEDIDO EN FORMA JUSTA POR CARGOS IMPUTABLES AL TRABAJADOR, ii) cuando el señor Roque Julio FUE DESPEDIDO EN FORMA JUSTA POR CARGOS IMPUTABLES AL TRABAJADOR no se encontraba incapacitado, no se encontraba reubicado y tampoco había perdido ni un solo grado de capacidad laboral, iii) el señor Roque Julio promovió una acción de tutela solicitando entre otras, su reintegro laboral el cual fue NEGADO por IMPROCEDENTE.”*

Sostiene que en el Juzgado Segundo Laboral de Cúcuta cursa el proceso de radicado No.214-0637 donde el señor Roque Julio es el demandado, lo cual considera, resulta inviable este trámite por existir un pleito pendiente entre las partes.

Que el demandante cometió falta grave de las normas legales que regulan la prevención y control de las enfermedades laborales y los AT, porque es un fumador de cigarrillo creando riesgo latente que podría causar un incendio o una explosión, además, de los perjuicios que podría causarle a la empresa, también ha utilizado en forma inadecuada los elementos de protección y cuidado; que el 20 de octubre de 2014 se contrató los servicios profesionales del abogado para resolver la situación con el demandado. Propuso como excepciones de fondo, el abuso del derecho a demandar, la mala fe del demandante, el enriquecimiento injusto, el justo despido del trabajador, la innominada o genérica.

El señor JOSÉ ARMANDO RUBIO RINCÓN vinculado en calidad de litisconsorcio necesario acepta parcialmente los hechos y alega que nunca fue empleador del demandante y no propuso excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 30 de abril de 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor Roque Julio Rodríguez Caicedo, como trabajador y Explocar LYDM S.A.S., existió un contrato de trabajo, que se extendió desde el 24 de enero del año 2013 y terminó el 31 de octubre del año 2014, por decisión unilateral y sin justa causa del empleador.

SEGUNDO: ABSOLVER al señor Roque Julio Rodríguez Caicedo, de todas las pretensiones incoadas en la demanda, por Explocar LYDM S.A.S, al interior del proceso 2014/00637.

TERCERO: ABSOLVER a Explocar LYDM SAS, de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor Roque Julio Rodríguez Caicedo, al interior del proceso 2015/00175.

CUARTO: REMITIR las diligencias a la Oficina Judicial, para que surta el grado jurisdiccional de consulta, en virtud a que se emite, una decisión en contra de las aspiraciones del trabajador demandante, al interior del proceso 2015/00175”.

Precisó la Juez A quo, que, bajo el fundamento en que los dos expedientes fueron acumulados, 2014-0637 y 2015-0175, no existe discusión en que el señor Roque Julio Rodríguez prestó los servicios para la sociedad Explocar LYDM S.A.A., desde el 23 de octubre hasta el 30 de octubre de 2014.

Con ocasión del expediente 2015-0175 (en el que el demandante es el señor Roque Julio Rodríguez y la demandada es EXPLOCAR LYDM S.A.S.), sostuvo que para la fecha en que el empleador decidió dar por terminado el contrato de trabajo, el demandante no se encontraba calificado, no tenía una pérdida de capacidad laboral que lograra configurar la estabilidad laboral reforzada, esto es, en este asunto encontró que no era procedente condenar a la empresa al pago de la indemnización prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

Que de acuerdo con los dictámenes de pérdida de capacidad laboral proferidos por la ARL Positiva y por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y la historia clínica del actor, se demostró que la patología sobre la cual se predica la pérdida de capacidad laboral o la discapacidad con la cual

se quiere hacer uso de la estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la 361 de 1997 **es el síndrome de túnel carpiano de la extremidad superior derecha**. Que en cumplimiento de las recomendaciones médico laborales, la empresa reubicó al demandante desde el mes de mayo de 2014; que se aportaron dos dictámenes de PCL uno con el 6.98% y el segundo con el 11.98% proferido por la JRCI de Norte de Santander.

Bajo los anteriores hechos, consideró que no se cumplen los presupuestos previstos en la norma ni por la CSJ en sentencias de radicado S.L. 10538 del 2016 y S.L. 5163 del 2017 y S.L. 711 del año 2021 entre otras, para acceder a la indemnización de la Ley 361 de 1997 y el reintegro laboral, porque el empleador no tenía la obligación de pedir autorización al Ministerio de Trabajo para la terminación del contrato de trabajo.

Que no encontró un trato discriminatorio hacia el trabajador, por cuanto el empleador actuó conforme a lo establece la norma, esto es, lo reubicó laboralmente conforme a las recomendaciones médicas, desde el mes de mayo de 2014 y la desvinculación fue en el mes de octubre de 2014; además, la calificación y la estructuración de la enfermedad profesional fue posterior a la terminación del contrato.

Con respecto al expediente de radicado No.2014-0637 (demandante la empresa EXPLOCAR LYDM S.A.S, y demandado el señor Roque Julio Rodríguez), sostuvo que, encontrarse demostrado el despido, el empleador debía probar la configuración de la justa causa prevista en el art. 62 del CST; además, tenía el deber de garantizar el debido proceso al trabajador permitiéndole ejercer el derecho de defensa como lo dispuso la CSJ en sentencia SL-2351 de 2020 y lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU449 del 2020.

Que, de conformidad con las pruebas aportadas, el empleador no realizó un procedimiento previo al despido, que las actuaciones presuntamente tipificadas como faltas graves por el empleador fueron 3: que el demandante es fumador al interior de la empresa; que el señor Roque Julio Rodríguez Caicedo no utiliza los elementos de protección personal y, que no atendió la reubicación de sus funciones por labores conforme el acta del 2 de mayo del año 2014; que dichas condutas no fueron establecidas por la empresa, ni en el contrato de trabajo, ni mediante convención ni en el reglamento interno; que al verificar el numeral 6º del art. 62 del CST que trata sobre cualquier violación grave, y la de los numerales 11 y 12: “11) todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento y 12) la renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas...”.

De manera tal que, sobre la primera conducta, existe una manifestación del trabajador donde dice que es fumador asiduo, sin embargo, ello no prueba que fume al interior de la empresa, como tampoco, se acreditó por ningún medio, que exista la prohibición en la empresa, ni en los reglamentos internos, razón por la que, consideró que dicha conducta no justifica el despido;

además, de aceptar ésta causal, tampoco cumpliría con el principio de inmediatez del despido como lo establece la CC en la sentencia SU 449 de 2020, ya que los hechos fueron ventilados en febrero de 2014 y la desvinculación en octubre de 2014, tampoco se tiene conocimiento sobre los resultados de la diligencia de descargos, no se allegaron cuáles fueron los descargos que se levantaron, como se le permitió al trabajador ejercer su derecho de defensa y contradicción.

Que, respecto a la segunda conducta, consideró que el empleador tampoco logró demostrar que el trabajador no utilizó los elementos de protección de manera adecuada, por cuanto no existe prueba cuales son los elementos a los que hace referencia, tampoco encontró cumplido el requisito de inmediatez, ni que se le permitió al trabajador ejercer su derecho de defensa y contradicción.

Por último, consideró que tampoco se demostró que el trabajador hubiese incumplido las normas de salud ocupacional en cuanto a la reubicación laboral, porque no se demuestra la presunta altura de los 7 metros, que a pesar de cumplirse el principio de inmediatez, no se demostró que al trabajador ejerciera el derecho de contradicción y defensa.

Concluyó que siendo ineficaz el reintegro, el mismo obedeció a una decisión unilateral y sin justa causa por parte de la empresa, y según lo resuelto en el proceso anterior, tampoco procede el reintegro ni la indemnización prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Una vez cumplido el término para el efecto, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para decidir el recurso de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la ley 1149 de 2007, respecto al expediente de radicado No.2015-00175 del cual, las pretensiones fueron adversas al demandante y no fue impugnado en fallo.

Sea lo primero señalar, que el Juez de primera instancia decidió acumular los expedientes de radicado 2014-00637 y 2015-00175, el primero de ellos, corresponde a la demanda presentada por la empresa EXPLOCAR LYDM S.A.S., contra el trabajador ROQUE JULIO RODRÍGUEZ, con la pretensión de que se declarara la terminación del contrato con justa causa imputable al trabajador, en consecuencia, se condenara al pago de perjuicios materiales, resultado que fue declarado desfavorable al empleador, al considerar que el despido no fue por justa causa, además, declaró que la vinculación laboral se había desarrollado en los extremos solicitados, razón por la cual, al no ser

impugnada la decisión, queda ejecutoriada la sentencia respecto a los aspectos previstos en el expediente.

En el segundo expediente 2015-00175 sobre el cual recae surtir el grado jurisdiccional de consulta, el trabajador ROQUE JULIO RODRIGUEZ presentó demanda ordinaria laboral el 6 de abril de 2015, pretendiendo que la empresa EXPLOCAR LYDM S.A.S. pague la indemnización prevista en el art. 26 de la Ley 361 y el consecuente reintegro laboral, al considerar que el empleador omitió solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminada la vinculación laboral, asegurando que era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada por encontrarse incapacitado y/o discapacitado para el momento del despido.

Aclarado lo anterior, se tiene que, no existe discusión de la relación de carácter laboral entre el demandante ROQUE JULIO RODRÍGUEZ y la demandada EXPLOCAR LYDM S.A.S. mediante contrato de trabajo a término inferior a un año, así como, de los extremos laborales, esto es, desde el 23 de enero de 2013 hasta el 30 de octubre de 2014, luego entonces, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si ROQUE JULIO RODRÍGUEZ C., al momento de terminación de su contrato de trabajo por parte de su empleadora, la sociedad EXPLOCAR LYDM S.A.S. actualmente en liquidación, gozaba de la protección especial de estabilidad laboral reforzada en virtud de su estado de salud y por tanto, es procedente, conforme se solicita, la declaratoria de ineficacia de su despido, con las consecuencias legales que esto genera y que fueron solicitadas en la demanda.

Estabilidad Laboral Reforzada-por discapacidad-Ley 361 de 1997.

Sobre el particular, la Ley 361 de 1997 y la Ley 1618 de 2013, establecen reglas, medidas de inclusión, acciones afirmativas y ajustes institucionales encaminados a garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad

El art. 26 de la Ley 361 de 1997 consagra una presunción legal, esto es, protege **al trabajador con discapacidad** en la fase de la extinción del vínculo laboral, amparando su estabilidad frente a las actuaciones discriminatorias; contrario a esto, cuando las decisiones se encuentran motivadas (no es su estado biológico, fisiológico o psíquico), en **una justa causa legal**, se tiene que éstas gozan de una razón objetiva y son legítimas para dar por terminada una relación de trabajo.

Luego entonces, el trabajador deberá demostrar su ESTADO DE DISCAPACIDAD para beneficiarse de la presunción de discriminación, y al empleador, le corresponderá demostrar la ocurrencia de la justa causa y/o en la imposibilidad del trabajador de prestar el servicio; de no hacerlo, el despido se reputará **ineficaz** (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro

del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. (SL1360-2018 CSJ).

Ahora, como el cuerpo legal en mención, no precisa quiénes son las personas en situación de discapacidad que gozan de estabilidad ocupacional reforzada, la Corte Suprema de Justicia inspirada en la teoría médico biológica de la discapacidad- (sentencia SL10538-2016 de junio 29 de 2016.) ha dado aplicación a la clasificación establecida en el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001, en donde se considera como persona en situación de discapacidad, a quien tenga una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15%, es decir, desde el grado moderado de severidad.

En conclusión, cuando el trabajador **demuestre** que para el momento del despido, padecía una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al **15% de PCL** y acredite que el empleador **tenía conocimiento** de las patologías, deficiencias, discapacidad y minusvalía adquiridas durante el desarrollo del contrato de trabajo, **se presumirá** a favor de éste que la terminación del vínculo laboral obedeció a un acto discriminatorio por su estado de salud, teniendo entonces el empleador la carga probatoria de derruir tal presunción, demostrando que se dio la ocurrencia real de la causa alegada (justa causa), debiendo ser esta una razón objetiva para poner fin al nexo contractual, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral en sentencias SL10538-2016 de junio 29 de 2016, SL10538-2016, SL 10538-2016, SL5163-2017 SL11411-2017 y más recientemente, en sentencia SL 471-2018 y SL 458 de 2019.

Aunado a ello, la condición de discapacidad anotada, necesariamente debe configurarse en vigencia de la relación laboral y fundamentarse en las patologías, deficiencias y minusvalía adquiridas por el trabajador durante el desarrollo del contrato de trabajo, sin que esta condición esté sujeta a ser demostrada únicamente con la expedición del dictamen de PCL al momento de la terminación del vínculo laboral, en la medida en que el mismo no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el juez del trabajo tiene libertad probatoria y puede acreditar por cualquier otro medio los padecimientos y quebrantos de salud que padezca el trabajador al momento de la finalización del contrato de trabajo.

No obstante, a lo anterior, recuérdese que, si bien no necesariamente debe haberse emitido el dictamen al momento de la terminación de la relación laboral para poder determinar los quebrantos de salud de un trabajador, el mismo sí se requiere para establecer que padecía una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15% de PCL y estructurada en vigencia de la relación laboral, así lo ha concluido el órgano de cierre de esta jurisdicción en Sentencia SL 11411-2017.

No desconoce la Sala la existencia una tesis sustentada en el modelo biopsicosocial-1, aplicada por la Corte Constitucional, en donde el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada no depende de la acreditación de una situación de pérdida de capacidad laboral o de un porcentaje de calificación de PCL específico, sino a una afectación en la salud del trabajador que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares (sentencia SU-049 de 2017). Empero, estima esta Sala de decisión que la tesis planteada por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, esto es Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, brinda mayor seguridad jurídica en la medida que ha centrado la procedencia de la protección reforzada al dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, constituyendo un criterio objetivo para identificar la discapacidad.

Caso en concreto.

De las pruebas aportadas a folios 113-117 se prueba que COOMEVA EPS determinó el origen de la enfermedad profesional: SINDROME DE TUNER CARPIANO, el 19 de marzo de 2014, en el mes de mayo fue reubicado laboralmente siguiendo las recomendaciones médico laborales, que durante el mes de octubre de 2014 el actor recibe consulta con medicina ocupacional; que para el momento de la desvinculación no tenía incapacidad médica.

En ese orden de ideas, funge palmario que para la fecha de terminación del contrato de trabajo, el demandante presentaba dichas dolencias en su salud, habiendo sido valorado y tratado mediante medicamentos y terapias físicas; además, es claro que conocía el empleador de su estado de salud, ya que fue reubicado según las indicaciones médico ocupacionales; no obstante, la presencia de dichas dolencias y el conocimiento del empleador sobre las mismas, no son suficientes para declarar que el demandante se encuentra revestido por el fenómeno de la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, pues como claramente se indicó, conforme a la postura asumida por esta Sala, es necesario que las aludidas patologías produzcan una pérdida de capacidad laboral equivalente a un porcentaje igual o mayor a un 15%, situación que no en el sub-examine no encuentra respaldo en ningún medio de prueba allegado a los diligenciamientos, ya que los dictámenes aportados del 20 de marzo de 2014 y del 27 de noviembre de 2014 arrojaron una PCL del 6.8% y del 11.98%, porcentajes que no alcanzan a esclarecer la discapacidad según lo señalado en párrafos precedentes.

Así mismo, que la fecha de estructuración de dicha pérdida se dio con posterioridad a la finalización de la relación laboral, esto es, 11 de noviembre de 2014, encontrando la Sala, que para dicho momento no podía la sociedad empleadora conocer tal situación y terminar la relación laboral por esta causa, porque no existía tal discapacidad, por lo que en este caso no se reúnen los

¹ JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Principios Constitucionales y legales del derecho del trabajo en Colombia, 2ª edición. Bogotá, Legis, 2015. Pág. 106.

requisitos indispensables para acceder a la garantía del artículo 26 de la ley 361 de 1997.

En esa medida, teniendo en cuenta la pérdida de capacidad laboral del demandante, este no tiene el porcentaje mínimo requerido para estar protegido por estabilidad laboral reforzada de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como que, no se probó que la desvinculación definitiva hubiera sido con ocasión de la pérdida de capacidad laboral del demandante, pues esta se estructuró cuando ya se encontraba terminada la relación.

En este sentido, no es posible dar aplicación al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ante la ausencia de prueba sobre una limitación moderada, severa o profunda, según la línea jurisprudencial desarrollada por el órgano de cierre de esta jurisdicción en Sentencia SL 11411-2017 y reiterada en Sentencia SL 56995 de agosto de 2018.

Decisión.

Así las cosas, evidente surge que si bien el despido del trabajador por parte de la pasiva lo fue sin justa causa, no se encuentra un vínculo causal entre el mismo y el estado de salud de este, mostrando simplemente el ejercicio de la potestad con que cuenta cualquier patrón de prescindir del servicio de un trabajador que no cuenta con una protección especial, no quedando otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia en lo que respecta al ORDINAL TERCERO sobre las pretensiones adversas al trabajador demandante proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de abril de 2021.

Sin condena en costas por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta que opera de pleno derecho.

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

VI. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia en lo que respecta al ORDINAL TERCERO sobre las pretensiones adversas al trabajador demandante proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de abril de 2021, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas de segunda instancia por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta que opera de pleno derecho.

NOTIFÍQUESE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO
MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2017-00111-01

Partida Tribunal: 19383

Juzgado: Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: Juliana Efigenia Contreras Jauregui

Demandada (o): ESE IMSALUD

Tema: Contrato de Trabajo- Trabajadora Oficial

Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, **veintinueve** (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 09 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-002-2017-00111-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 19383 promovido por la señora JULIANA EFIGENIA CONTRERAS JÁUREGUI en contra de la ESE IMSALUD.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

La demandante, por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de la E.S.E. IMSALUD para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo en aplicación al principio de la primacía de la realidad, entre el 01 de enero de 2007 y el 31 de julio de 2016, el cual fue terminado en forma unilateral por el empleador y sin justa causa, en consecuencia, que se condene al reintegro a una labor de planta o de igual jerarquía al que venía desempeñando y al pago de las siguientes acreencias laborales:

- Indemnización por despido;
- Indemnización del artículo 65 CST;
- Primas;
- Cesantías;
- Vacaciones;
- Sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990;
- La totalidad de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones;

- El reembolso el valor de lo aportado a la seguridad social en salud y pensión con ocasión de las órdenes de prestación de servicios;
- Los valores descontados por retención en la fuente;
- Dotación;
- Horas extras, dominicales y festivas;
- Indexación de las sumas e intereses de mora.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 3 y 4 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

- 1) Que se desempeñó al servicio de la ESE IMSALUD en labores de SERVICIO EN LIMPIEZA Y DESINFECCIÓN, del 01 de enero de 2007 y hasta el 31 de julio de 2016 mediante órdenes de prestación de servicio.
- 2) Que el vínculo fue terminado por IMSALUD sin causa o justificación alguna.

III. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Notificada de la admisión de la demanda presentada en su contra, **LA E.S.E. IMSALUD** aceptó parcialmente los hechos y se opuso a todas las pretensiones de la demanda, alegando la inexistencia de una relación de carácter laboral con la actora, toda vez que su vinculación se realizó mediante múltiples contratos de prestación de servicios, los cuales además, tienen interrupciones entre ellos, lo que demuestra que los contratos se suscribían atendiendo la necesidad del servicio; que la terminación del contrato N°2485 obedeció a la expiración del plazo pactado de común acuerdo entre las partes.

Propuso como excepciones de mérito aquellas que denominó PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES, BUENA FE DEL CONTRATANTE, COBRO DE LO NO DEBIDO, MALA FE DE LA PARTE ACTORA, COMPENSACIÓN y FALTA DE SOPORTE JURÍDICO SUSTANCIAL.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 09 de marzo de 2021, resolvió declarar que entre la señora JULIA EFIGENIA CONTRERAS JAUREGUI como trabajadora oficial de la empresa social del estado ESE IMSALUD existieron diferentes vínculos laborales de la siguiente manera:

- a. Del 1 de enero 2007 al 31 de enero 2007 contrato de trabajo realidad.
- b. Del 10 de agosto 2007 al 31 de enero 2009 contrato de trabajo realidad.

c. Del 1 de febrero 2011 al 31 de julio 2016 contrato de trabajo realidad.

En consecuencia, procedió a condenar a la pasiva al pago de las prestaciones sociales y vacaciones causadas, la indemnización moratoria del decreto 797 de 1949, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización por despido sin justa causa del artículo 51 del decreto 2127 de 1945, los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión por los periodos no cotizados por la demandante como trabajadora independiente, el reembolso directo del porcentaje que le correspondía a la entidad sufragar como empleadora de los aportes en salud y pensión cotizados por la trabajadora.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que

VI. RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDADA

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación en su contra, manifestándose en primer lugar frente a la decisión tomada por el despacho frente a la tacha de testimonio realizada en audiencia de pruebas por la anterior apoderada ESE Imsalud respecto del señor Pedro Ayala, teniendo en cuenta su falta de imparcialidad, para lo cual hizo referencia al artículo 211 del código general del proceso; lo anterior, dado que en dicha norma no se establece una oportunidad procesal definida en la cual las partes deban realizar la tacha de un testimonio por imparcialidad del testigo y por tanto la tacha del mismo era procedente, teniendo en cuenta que este cuando se inició el testimonio indicó que contaba con un proceso judicial vigente en contra de la entidad, con similares pretensiones.

Frente al reconocimiento de la relación laboral que fue declarada, indicó que es totalmente legal y viable que las entidades y los empleadores o empresas privadas celebren contratos de prestación de servicios: por un lado, cuando son actividades que precisamente no constituyen actividades del objeto de la entidad, que para el presente caso es evidente y se logró demostrar que las actividades que desarrollaba la señora Julia a favor de la pasiva eran actividades de limpieza y no actividades de prestación del servicio de salud que es el objeto principal de la ESE Imsalud; que si bien se allegaron documentos en los cuales existía una programación de turnos, el despacho no evaluó lo referenciado por la misma demandante en su interrogatorio de parte donde, cuando se le pregunta sobre el horario que ella realizaba o en el horario en el cual ella realizaba sus actividades, ella expresó que era de 7 a 11 de la mañana; que en este sentido se contradice con los documentos allegados al proceso, y adicionalmente a ello, el mismo despacho está fundamentando su decisión de existencia de contrato realidad en una supuesta subordinación que hubo de la ES Imsalud respecto de la demandante, lo que fundamenta en el sentido en que encontró probado el cumplimiento de un horario, desconociendo así la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia sentencia SL 1320 de 2017 con radicado 48531; resaltó que a pesar de que se allegaron documentos en donde se

puede demostrar el cumplimiento de unos turnos por parte de la señora Julia, esto no necesariamente determina una subordinación ejercida por parte de la ESE Imsalud hacia la demandante.

Alegó que los testigos en la audiencia de pruebas no indicaron que la señora Julia cumpliera algún tipo de órdenes, incluso el señor Pedro Ayala indica que las mismas aseadoras tenían conocimiento de cuáles eran sus actividades y que por ende no había razón por la cual alguna persona tuviera que decirles lo que tenían que hacer y cómo debían hacerlo, pues ellas mismas sabían cuáles eran sus actividades a realizar en los turnos en los cuales estaban programadas.

Que el despacho omitió hacer referencia sobre lo indicado por el señor Sidward en su testimonio, donde indica que lo único que él hacía como jefe de servicios generales de la ESE Imsalud era frente a las instrucciones de protocolos del Ministerio de salud y del Instituto departamental de salud, que como es claro, cuando es una entidad de salud existen rigurosidades frente a la prestación del mismo; que en este sentido es claro que para el contrato de prestación de servicios existente entre la demandante y la ESE Imsalud eran necesarias estas medidas de supervisión y vigilancia, porque precisamente la correcta prestación del servicio de salud dependía también de este cumplimiento de protocolos no establecidos por las ESE Imsalud caprichosamente, sino en seguimiento de las normas establecidas.

Consideró que se evaluó erróneamente las pruebas por parte del despacho, y no procedía la condena al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones moratorias, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa y el reconocimiento de aportes y reembolso de aportes a la Seguridad Social.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

- 1. PARTE DEMANDANTE:** Indicó la parte que de las pruebas allegadas al proceso es evidente que existió un contrato realidad entre las partes, lo que hace merecedora a la trabajadora de las condenas impuestas en la sentencia proferida por el A quo.
- 2. PARTE DEMANDADA.** Alegó la pasiva que no existió el elemento de subordinación en el vínculo existente entre la demandante y la entidad, habiéndose respetado el elemento de temporalidad de la relación civil, por cuanto existió solución de continuidad; indicó además que se acreditó la legalidad de las vinculaciones entre la ESE IMSALUD y la demandante y que las actividades realizadas por esta última fueron NO MISIONALES.

Una vez cumplido el término para presentar alegatos, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VIII. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para decidir el recurso de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si existió un contrato de trabajo entre la señora JULIA EFIGENIA CONTRERAS JÁUREGUI y ESE IMSALUD, y por tanto tiene derecho aquella a percibir los derechos laborales solicitados en la demanda y reconocidos por el Juzgador de primer nivel, verificando su procedencia legal.

Bajo estos parámetros, necesario resulta traer a colación el artículo 53 de la Constitución Política, el cual consagra el principio de “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”. Formulación protectora del trabajador que, en esencia, hace prevalecer siempre los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos formales. Dicho de otra manera: interesa es lo que sucede en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido.

Este principio encuentra complemento en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 aplicable para trabajadores oficiales, que prevé “El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción. Significa esto, que probada la prestación personal del servicio se tiene por cierto la existencia del contrato de trabajo. Presunción legal que admite prueba en contrario, esto es, que se desvirtúe la continuada subordinación o dependencia del trabajador y/o el carácter remunerado del servicio. En este sentido ha sido reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, verbigracia en sentencia SL 11436 de 2016.

Bajo el referente normativo, se ilustra la importancia y trascendencia de los elementos configurantes del contrato de trabajo, siendo patente que cual imprime la connotación de labor dependiente, es el relacionado con la subordinación, entendida como la potestad permanente que reviste al empleador de exigir a quien le presta el servicio, el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y disciplinarlo; conjuntamente con la obligación del segundo de obedecerlas.

Para el caso específico del personal vinculado a las Empresas Sociales del Estado y a la facultad que le asiste de operar a través de terceros, la Corte Constitucional en Sentencia C- 171 de 2012 indicó lo siguiente: “la potestad de contratación otorgada por el precepto demandado a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre

y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados. Por lo tanto, la Corte declarará en la parte resolutive de esta sentencia, la exequibilidad condicionada del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el sentido anunciado”

Quiere decir esto, que solo les está permitido operar a través de terceros cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados, debiendo verificarse en cada caso la viabilidad de contratar a través de intermediarios.

En el caso de marras, la Empresa Social del Estado IMSALUD, fue creada mediante el Acuerdo N° 087 del 29 de enero de 1999 emanado del Concejo Municipal de Cúcuta, al respecto se tiene que el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, dispuso que “La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.”

De igual forma, el numeral 5° del artículo 195 ibídem dispone que “Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.”

El parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, que regula el estatuto de personal de las entidades descentralizadas que prestan los servicios de salud, indica que “Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, **o de servicios generales**, en las mismas instituciones.”

De acuerdo con lo anterior, por regla general, las personas que laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos, atados por una relación legal y reglamentaria. Por vía de excepción, son trabajadores oficiales, unidos por contrato de trabajo, aquellos servidores públicos que desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

CASO CONCRETO

Atendiendo que la demandante prestó sus servicios a la ESE IMSALUD, ha de entenderse que, en principio de acreditarse la prestación personal y la subordinación del servicio, tendría la calidad de empleada pública, vinculada a través de una relación legal y reglamentaria, dada la naturaleza jurídica del ente enjuiciado; con lo cual, la condición de trabajadora oficial vinculada mediante contrato de trabajo y/o en aplicación de la primacía de la realidad, quedaría necesariamente sujeta a la demostración efectiva de labores

orientadas a la construcción y sostenimiento de obra o de la planta física hospitalaria por parte de la trabajadora, para de esta forma quedar incurso dentro de la excepción a la regla.

Efectivamente, de las pruebas aportadas y las manifestaciones dadas por las partes, no existe discusión que la demandante JULIA EFIGENIA CONTRERAS JÁREGUI prestó sus servicios personales de LIMPIEZA Y DESINFECCIÓN para la E.S.E. IMSALUD, cumpliendo las siguientes funciones: *“1. Mantener en estado de limpieza, higiene y salubridad las áreas comunes que le sean asignadas en cada IPS. 2. Mantener en perfecto estado de limpieza las paredes, muebles, puertas, sanitarios, y áreas comunes que le sean asignadas. 3. Preparar y distribuir tintos y refrigerios de acuerdo con instrucciones de acuerdo con instrucciones recibidas. 4. Solicitar al administrador de acuerdo con el procedimiento establecido, el suministro de elementos para el desempeño de sus actividades, y llevar una relación del consumo de los mismos. 5. Utilizar adecuadamente y mantener en buen estado los equipos y utensilios que le suministre la administración para el desarrollo de sus labores. 6. Recolectar desechos de materiales provenientes de laboratorios, oficina, cocina, talleres, jardines y de las demás dependencias de la institución, 7. Responder por los elementos, instrumentos y equipos a cargo. 8. Diligenciar los formatos que correspondan en especial los relacionados con residuos patógenos.”*

Así las cosas, es preciso analizar qué se entiende por *«mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales»*.

Jurisprudencialmente, la Sala de Casación Laboral de la HCSJ, en providencia del 21 de junio de 2004, dentro del proceso conocido con el rad. N.º 22324, explicó lo siguiente:

«...los ‘servicios generales’ dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran».

Posteriormente, en sentencia del 29 de junio de 2011, rad. No. 36668, respecto al mismo tema señaló:

El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no

restrictiva o limitativa. (Las subrayas no son del texto).

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 22 de jun. 2006, rad. T-485/06, razonó:

No hay una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales. No obstante, se ha entendido que serían (i) actividades de mantenimiento de la planta física, “aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente. Por su parte serían (ii) servicios generales, “aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria.” (...) “Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual.” Dentro tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería.

Las anteriores definiciones coinciden exactamente con las pautas fijadas por el Ministerio de Salud, mediante Circular No. 12 del 6 de febrero de 1991, para la aplicación del parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, sobre la clasificación de los Trabajadores Oficiales del Sector de la Salud.

En efecto, las normas que gobiernan el régimen laboral de los trabajadores al servicio del Estado son de orden público y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento, de tal suerte que el régimen laboral a ellos aplicable es el que surja de la ley, atendiendo los criterios de clasificación en ella contenidos.

Por esa razón, ha explicado que no es dable pactar que a un trabajador se le aplique todo un régimen laboral previsto en la ley, para otro grupo de trabajadores, que no sea el que legalmente le corresponde. También ha explicado que el vínculo de un servidor con la administración puede ser materia de modificaciones, pues la calidad de empleado público o de trabajador oficial no constituye un derecho adquirido. (Ver sentencia SL2275-2019 CSJ)

En resumen, cuando se trata de un asunto cuya fuente está contenida en el ordenamiento jurídico colombiano de orden público, no puede ser variada con base en el desarrollo de la autonomía contractual de las partes.

Por lo tanto, queda plenamente demostrado que la demandante CONTRERAS JÁUREGUI reúne la condición de trabajador oficial, habida cuenta que las actividades desarrolladas por ésta encajaban dentro del concepto de «*mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales*», en concordancia con ello, prevista expresamente para proveerla con la planta de personal de trabajadores oficiales de la empresa social del Estado.

En ese orden de ideas, establecida la competencia de la jurisdicción laboral para conocer del presente asunto, evidenciando que la demandante

desarrolló actividades propias de una trabajadora oficial, es menester establecer la legalidad de las vinculaciones efectuadas por la demandada, a través de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios.

Conforme lo acreditan las pruebas allegadas al proceso, la demandante JULIA EFIGENIA CONTRERAS JÁREGUI, prestó sus servicios a la E.S.E. IMSALUD, vinculada mediante órdenes de prestación de servicios, según certificación vista a folios 3 a 6 así:

Número OPS	Fecha inicio	Fecha Terminación	Duración	Valor
193	02/01/07	30/01/07	29 días	\$ 746.266
467	10/08/07	30/08/07	21 días	\$ 388.595
1322	01/09/07	30/10/07	2 meses	\$ 1.110.272
1698	01/11/07	30/12/07	2 meses	\$ 1.110.272
331	02/01/08	30/01/08	29 días	\$ 599.333
865	01/02/08	29/02/08	1 mes	\$ 620.000
1184	07/04/08	30/06/08	3 meses	\$ 2.945.000
1298	01/08/08	30/09/08	2 meses	\$ 1.240.000
2084	01/10/08	30/12/08	3 meses	\$ 1.860.000
315	02/01/09	30/01/09	1 mes	\$ 651.000
528	01/02/09	28/02/09	1 mes	\$ 651.000
455	01/02/11	30/06/11	5 meses	\$ 4.250.000
1563	01/07/11	30/07/11	1 mes	\$ 850.000
2502	01/08/11	30/08/11	1 mes	\$ 850.000
3222	02/09/11	30/09/11	29 días	\$ 850.000
3792	05/10/11	30/10/11	26 días	\$ 850.000
4042	01/11/11	30/11/11	1 mes	\$ 850.000
4985	16/12/11	31/12/11	15 días	\$ 425.000
205	01/01/12	30/01/12	1 mes	\$ 850.000
1023	01/02/12	30/04/12	3 meses	\$ 2.550.000
1779	01/05/12	30/07/12	3 meses	\$ 2.550.000
3874	11/10/12	31/10/12	20 días	\$ 567.000
4287	01/11/12	31/12/12	2 meses	\$ 1.700.000
171	01/01/13	30/01/13	1 mes	\$ 850.000
1165	01/02/13	30/03/13	3 meses	\$ 2.550.000
1963	01/05/13	30/07/13	3 meses	\$ 2.550.000
2849	01/08/13	30/10/13	3 meses	\$ 2.550.000
3668	01/11/13	30/11/13	1 mes	\$ 850.000
3901	10/12/12	30/12/13	1 mes	\$ 850.000
240	01/01/14	30/03/14	3 meses	\$ 2.653.000
1629	01/04/14	30/06/14	3 meses	\$ 2.653.000
2574	01/07/14	30/09/14	3 meses	\$ 2.653.000
3360	01/10/14	31/10/14	1 mes	\$ 884.000
4048	01/11/14	30/11/14	1 mes	\$ 884.000
5030	01/12/14	30/12/14	1 mes	\$ 884.000
284	01/01/15	28/02/15	2 meses	\$ 1.768.000
1326	01/03/15	30/04/2015	2 meses	\$ 1.768.000
1943	01/05/15	30/07/15	3 meses	\$ 2.652.000
3431	01/08/15	30/09/15	2 meses	\$ 1.768.000
4299	01/10/15	30/10/15	1 mes	\$ 884.000
5247	01/11/15	30/12/15	2 meses	\$ 1.768.000
231	01/01/16	30/01/16	1 mes	\$ 884.000

1129	01/02/16	30/03/16	2 meses	\$ 1.768.000
2065	01/04/16	30/05/16	2 meses	\$ 1.768.000
2485	01/06/16	30/06/16	1 mes	\$ 884.000
2695	01/07/16	31/07/16	1 mes	\$ 884.000

Conforme estos documentos, es claro que la demandante prestó sus servicios a la E.S.E. IMSALUD, entre el 01 de enero de 2007 y el 31 de julio de 2016, de manera INTERRUMPIDA, por lo que en virtud del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 antes citado, se presume que existió entre las partes una verdadera relación laboral, la cual puede ser derruida por quien se benefició del servicio, que en este caso es la ESE y quien alegó en el escrito de contestación que la vinculación con la actora obedeció a la suscripción de contratos de prestación de servicios, por lo que resulta necesario entonces, verificar si la pasiva derribó la presunción de la existencia de subordinación en dicha vinculación y por tanto, la existencia de una relación laboral.

Estudiando la prueba documental aportada por la parte demandante, se observa que a folios 3 a 193 se allegaron los documentos relacionados con la contratación sostenida con la ESE IMSALUD, con la correspondiente certificación expedida por la entidad, los contratos de prestación de servicios y los certificados de disponibilidad presupuestal de los mismos.

Ahora bien, con de los testimonios recaudados en el proceso, se pudo obtener la siguiente información relevante para la resolución del problema jurídico planteado:

- La señora Lola Marina Rodríguez Gafara, testigo de la demandante, indicó que también fue empleada de la entidad demandada del 2007 a 2012 en el área de facturación en el área de urgencias, teniendo siempre como compañera a la demandante; narró que esta se desempeñaba como aseadora en la unidad básica de la libertad de Imsalud y que estaban vinculadas mediante contratos; que la demandante se encargaba de lavar los baños de urgencias y los pisos, los trapeaba, los barría, de igual manera en caja donde ella estaba; que dentro de las urgencias también hacía aseo; que la veía en la lavandería y cuando estaba en consulta externa, la veía trapeando los pasillos. Informó que la labor se desarrollaba por turnos, tanto las aseadoras como ella de cajera, turnos que eran entregados por la administración, debían ser estrictamente respetados y que algunas veces eran nocturnos, de 7 pm a 7 am; que todos tenían un jefe que era la administradora y que para ausentarse del cargo debía avisársele previamente; que los elementos de aseo los suministraba la administración; indicó también que la labor y los contratos eran continuos.
- El señor Pedro Miguel Ayala Peñaranda, testigo de la demandante, indicó que se desempeñaba como auxiliar administrativo en Imsalud por lo que conoció a la demandante, quien era aseadora; informó que sus funciones eran como secretario, contestar correspondencias, contestar el teléfono, atendía el callcenter, solucionaba cualquier problema en caso de que no estuviese el jefe inmediato; que para el pago mensual

debían presentar a final de mes, un informe firmado por el jefe de cada uno y que para ausentarse de su sitio de trabajo, debía pedir permiso; informó que también demandó a la entidad, por lo que el apoderado de esta presentó la tacha del testigo.

- El señor Sigward Abimelech Peñaloza informó que se encuentra vinculado a imsalud; con respecto a los turnos, narró que en cada unidad básica funciona un coordinador, que es el como gerente de esa unidad básica y de acuerdo al servicio y a los protocolos de salud, organizan los turnos de los médicos, de las enfermeras y también del servicio de aseo y desinfección; indicó que tenía funciones de supervisión del cargo de la demandante, que en algunas ocasiones se realizaban visitas para verificar el servicio, en otras tenía a una persona en la oficina que es la encargada de verificar si se están cumpliendo esas actividades de acuerdo al objeto que se ha pactado con los coordinadores acerca del servicio que presta cada una de este tipo de personal; con respecto al permiso que se alega debía solicitar la demandante para ausentarse indicó que como tal no se da un permiso, sino que era informando que se iba a ausentar para que se programara un reemplazo; frente a las instrucciones dadas, informó que imparten instrucciones de acuerdo a los protocolos, porque hay que informar a todo el personal tanto de planta como el contratado, ya que si bien este último lo hace de manera independiente, de todas maneras debe cumplir con una serie de protocolos que exigen los servicios de habilitación, dado que estos protocolos de habilitación de los servicios de salud son cambiantes, y cada vez que hay cambios por parte del Ministerio, la entidad debe someterse a esos cambios para la prestación del servicio y tienen que ser multiplicadores de esa información que es pública, es decir, que tienen que darle las órdenes al personal de planta e instrucciones a los servicios que han contratado.

Con relación a la tacha del testigo Pedro Miguel Ayala Peñaranda, considera esta Sala que su testimonio será valorado con mayor rigurosidad, sin restarle el hecho que al ser compañero de la demandante, tiene conocimiento de primera mano y por experiencia propia de la manera cómo se desarrollaba su actividad en la entidad.

De las anteriores pruebas documentales y testimoniales, la Sala concluye que la demandada E.S.E. IMSALUD generó con la demandante CONTRERAS JAUREGUI, relaciones de subordinación y/o dependencia, materializadas en el cumplimiento de horarios impuestos por la ESE y cumplimiento de directrices e instrucciones, así como el hecho de que era la entidad la encargada de suministrar la totalidad de implementos necesarios para cumplir con su labor y la obligación de presentar al final de mes, un informe firmado por su jefe inmediato con el fin de recibir su pago; así mismo, el hecho de tener que informar con anterioridad que se va a ausentar de su cargo, con el fin de que se nombre su reemplazo, denota una clara dependencia en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido, es evidente que no le asiste razón a la apelante cuando reclama que hubo una indebida valoración de las pruebas para acceder a las

pretensiones, pues una vez aplicada la presunción legal al demostrar la prestación de servicios y por la cual debía desplegar una adecuada actividad probatoria para demostrar su argumento de defensa; no obstante, el único testigo aportado por la demandada fue un empleado de la misma entidad, que afirma que “poco recuerda mucho el personal”, pero que a ella sí la recuerda, lo cual genera duda a esta Sala respecto de su conocimiento frente a la ejecución de los contratos en cuestión, por lo que sus declaraciones resultan insuficientes para construir certeza frente a la alegada independencia y autonomía que alega la defensa.

Aunado a lo anterior, surge evidente que la demandada incurrió en la prohibición prevista por la Corte Constitucional, cuando condicionó la aplicación del art. 59 de la Ley 1438 de 2011, y previó que tal contratación solo se puede dar “siempre y cuando no se trate de funciones permanentes”, en la medida en que la actividad ejercida por la actora comporta la calidad de permanente, pues de manera constante se requiere el aseo, desinfección y esterilización de las instalaciones de la unidad básica hospitalaria como se deriva de la continuidad en el uso de la contratación de la accionante. Por esto, resulta diáfano que dicha entidad pudo perfectamente contratar en forma directa, los servicios que permitió brindara la demandante, por múltiples y consecutivos contratos de prestación de servicios.

Entonces como la pasiva, no satisfizo con éxito la carga probatoria que le asiste para acreditar el carácter autónomo e independiente de los servicios prestados, la conclusión de esta Sala no puede ser otra, que la de tener como cierto que la demandante prestó en forma personal y de manera subordinada su actividad, bajo un contrato de trabajo, a favor de la E.S.E. IMSALUD, debiéndose entonces CONFIRMAR en su totalidad a sentencia apelada, en el sentido de declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, con los extremos temporales allí analizados, ya que si bien a folios 194 a 197 se encuentran vinculaciones adicionales de la demandante a la pasiva en otros periodos a través de empresas tales como Servicios temporales del norte, Ltda., Conservicios Ltda, Coecs, SA y Horizonte Empleos, Ltda., estas no fueron tenidas en cuenta por el A quo, y nada dijo la parte activa al respecto, no pudiendo esta Sala desmejorar en esta instancia al apelante único.

Considera entonces la Sala que surge derecho al reconocimiento de prestaciones sociales y demás acreencias laborales a favor de la trabajadora, cuya liquidación fue correctamente realizada por el A quo, respecto de las cesantías, sus intereses y las vacaciones, lo cual será CONFIRMADO por esta Sala.

Con respecto a la prima de servicios, debe indicarse que tal y como fue resuelto por esta Sala en sentencia con Partida de Tribunal 18974 MP Dra. Nidiam Belen Quintero Gelves, dicha condena no es procedente por tratarse de una prestación no consagrada legalmente para los trabajadores oficiales, dado que el Decreto 2351 de 2014 apenas la estableció para los empleados públicos del orden territorial, sin incluir a los trabajadores oficiales,

debiéndose REVOCAR la misma y en su lugar, ABSOLVER a la pasiva de su pago.

Sobre la indemnización moratoria, regulada por el decreto 797 de 1949, se tiene que no puede entenderse de buena fe la actuación de la entidad demandada, en la medida que era plena conocedora de sus responsabilidades y deberes frente a sus contrataciones, al mantener a una persona vinculada de manera irregular pese a haberse evidenciado la necesidad permanente de un trabajador en labores de servicios generales de la entidad durante los períodos en que se evidenció la contratación de la demandante, cuando dentro del plenario quedó plenamente acreditados los elementos del contrato de trabajo, surgiendo allí una evidente mala fe del beneficiario del servicio, esto es, el empleador IMSALUD para mediante dichas contrataciones ilegales burlar los derechos salariales y prestacionales de la trabajadora, debiéndose CONFIRMAR esta condena a favor de la trabajadora.

Lo mismo ocurre con la indemnización por despido sin justa causa, la cual es a todas luces procedente, y fue correctamente liquidada por el A quo, teniendo en cuenta el plazo presuntivo según lo establecido en los artículos 40, 43 y 47 del Decreto 2127 de 1945, debiendo CONFIRMAR dicha condena.

Por otro lado, se tiene que no es viable la condena a cargo de la demandada por concepto de la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 toda vez que la actora durante el término de su vinculación laboral con esta última tuvo la condición de trabajador oficial, luego, no tiene derecho al pago por dicha sanción aplicable exclusivamente a trabajadores del sector privado , en consecuencia, se REVOCARÁ el literal C del numeral SEGUNDO de la sentencia apelada y en su lugar, se ABSOLVERÁ a la ESE IMSALUD de esta pretensión.

Así se precisó en sentencia CSJ SL981-2019 que expresamente señaló que: *«la sanción prevista el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cubre a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales»*.

Frente a las consignaciones al sistema de seguridad social, se advierte que en la demanda se solicita ordenar el pago de las mismas al tiempo que su reembolso; sin embargo, únicamente fueron aportados a folios 266-296 los comprobantes de los pagos realizados por el demandante en los meses de marzo de 2009 y de febrero de 2011 a julio de 2016, por lo que es procedente es ordenar el reembolso de lo pagado en dichos periodos, y solamente en lo que tiene que ver con el porcentaje que se encontraba a cargo de la ESE IMSALUD, el cual corresponde al 75% de la totalidad de los pagos efectuados por la trabajadora (ver sentencias SL 3028-2019 y SL2614 del 26 mayo 2021), no siendo procedente que al trabajador le cancelen directamente los aportes no cancelados por el empleador, debiéndose MODIFICAR en este sentido el literal b del numeral TERCERO de la sentencia apelada.

Así mismo, con relación al pago de los aportes en seguridad social en salud ordenados en el literal a) del numeral 3 de la sentencia atacada, teniendo en cuenta el ingreso base de cotización allí establecido, es menester afirmar que esta condena no es procedente respecto dado que la contingencia que cubre el aporte solicitado ya se ha configurado, debido a que el riesgo que se protege es la atención en salud del trabajador y los gastos médicos en los que podría verse inmerso, lo que se va causando mes a mes durante la vigencia del contrato, sin que sea posible ordenar su pago con posterioridad.

Lo propio ocurre con la condena al pago de los aportes en seguridad social en pensión ordenados en el mismo literal, ya que desde la demanda se afirmó que la actora fue forzada a realizar los aportes al sistema de su propio peculio en el curso de la relación laboral; en ese sentido, está claro que el derecho mínimo e irrenunciable correspondiente a cubrir el período trabajado con los aportes al sistema de pensiones está cubierto y lo que podía reclamar la demandante era la devolución de los gastos sufragados, a lo cual se accedió; y frente a una reliquidación del ingreso base de cotización de los mismos, que deriva de la afirmación en el hecho 9° de la demanda en cuanto se indica que dichos sus aportes fueron efectuados “por un monto de base de liquidación distinto al que en realidad debió hacerse” se tiene que no fue probado por la demandante la suma sobre la cual realizó los aportes como independiente, no siendo procedente esta condena, debiéndose entonces REVOCAR el literal a) del numeral 3 de la sentencia apelada y en su lugar, ABSOLVER a la pasiva de esta pretensión.

Sin costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso de apelación.

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

IX. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la condena contenida en el literal A del numeral SEGUNDO de la sentencia apelada y en su lugar, ABSOLVER a la entidad demandada del pago de la prima de servicios a favor de la señora JULIA EFIGENIA CONTRERAS JÁUREGUI.

SEGUNDO: REVOCAR el literal C del numeral SEGUNDO de la sentencia apelada y en su lugar, ABSOLVER a la ESE IMSALUD del pago de la sanción moratoria por no consignación de cesantías reguladas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1.990.

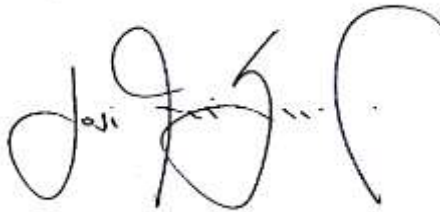
TERCERO: MODIFICAR el literal B del numeral TERCERO de la sentencia apelada en el sentido de condenar a la pasiva a reembolsar, en el porcentaje que le corresponde, lo cancelado por la demandante por concepto de aportes a seguridad social integral en los periodos de marzo de 2009 y de febrero de 2011 a julio de 2016.

CUARTO: REVOCAR el literal C del numeral TERCERO de la sentencia apelada, y en su lugar, **ABSOLVER** a IMSALUD del pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión a favor de la demandante.

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**

Veintinueve (29) de Abril de Dos Mil Veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2018-00036-00
RADICADO INTERNO:	19.392
DEMANDANTE:	REYES TOBOS CONTRERAS
DEMANDADO:	CERÁMICA ANDINA LTDA. EN LIQUIDACIÓN

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor REYES TOBOS CONTRERAS en contra de CERÁMICA ANDINA LTDA. EN LIQUIDACIÓN, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2018-00036-00, y Radicación interna N.º 19.392 de este Tribunal Superior, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 24 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor REYES TOBOS CONTRERAS interpuso demanda ordinaria laboral, contra CERÁMICA ANDINA LIMITADA EN LIQUIDACIÓN, para que se declare la terminación sin justa causa de su contrato de trabajo y la existencia de mala fe al no cancelar los dineros correspondientes a auxilio de transporte ni haber consignado las cesantías de los años 2013 a 2016 en el respectivo fondo por lo que debe ser condenada al pago de \$2.749.680 de auxilio dejado de percibir y a la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignar las cesantías, así como a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. por no pago de la liquidación final de prestaciones..

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señala:

- Que el día 22 de agosto de 1982 suscribió un contrato de trabajo con la empresa CERÁMICA ANDINA LTDA., para desempeñar el cargo de operario de producción y percibía mensualmente la suma de \$1.215.616; sin que en el curso de la relación se le cancelara el auxilio de transporte.
- Que la demandada comenzó su proceso de reestructuración en 2004 para corregir malos manejos administrativos y deudas existentes con particulares, la DIAN y los municipios, comenzando un plan de pagos

con acreedores que no logró cumplir y luego de varias reformas, con pagos indebidos a acreedores financieros e incumplimientos, en abril de 2014 levantó el acuerdo de reestructuración hasta que la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES intervino pese a lo cual se siguió sin tener en cuenta a los trabajadores, quienes no fueron incluidos en reunión de acreedores de agosto de 2016.

- Que fue convocada mediante un periódico de circulación no regional y pese a ello en el mes de noviembre de 2016 se procedió a la apertura de la liquidación de la empresa.
- Que este proceso ha sido utilizado como excusa para seguir ignorando los pasivos a los trabajadores, que además han sido despedidos en el curso de la misma el 23 de enero de 2017, fecha en que se le seguían adeudando cesantías desde el año 2013 a 2016 y también el auxilio para útiles escolares pactado con el sindicato, así como que se dejó de cancelar la liquidación final de prestaciones.

La demandada no pudo ser notificada personalmente y cumplidos los trámites de rigor se le designó curador ad litem, quien contestó dentro de la oportunidad legal manifestando que no le constan los hechos de la demanda y oponiéndose a las pretensiones por no estar demostradas.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

En la sentencia del 24 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR *que entre el señor REYES TOBOS CONTRERAS como trabajador y CERAMICA ANDINA LTDA EN LIQUIDACION como empleador, existió un contrato de trabajo que se extendió desde el día 22 de agosto de 1982 hasta el 07 de febrero del año 2017, el cual culminó de conformidad con lo establecido #5 del Art. 50 de la Ley 1116 del año 2006.*

SEGUNDO: ABSOLVER *a CERAMICA ANDINA LTDA EN LIQUIDACION, de la totalidad de las pretensiones condenatorias solicitadas en la demanda.*

TERCERO: CONDENAR *en costas a la parte demandante*

2.2 Fundamento de la decisión

Dentro de sus consideraciones, el juez argumentó lo siguiente:

•Advierte, que no se discute la existencia de la relación laboral ni sus extremos, que están probados y aceptados; delimitándose el litigio en resolver si hay lugar a condenar al pago del auxilio de transporte, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. por no pago de liquidación final y sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignación de cesantías del año 2013 a 2016.

•Respecto de la pretensión de auxilio de transporte, señala que el artículo 2° de la Ley 15 de 1959 consagra este rubro para quienes no perciban más de 2 salarios mínimos y tiene como finalidad los gastos de desplazamiento al sitio

de trabajo, sin tener naturaleza salarial; por lo que debe verificarse la necesidad del transporte para acudir al lugar de trabajo como explica la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicado 20.232 de 2003, pues si el trabajador no demuestra haber incurrido en ese gasto no es procedente ordenar su devolución al empleador y no se demostró la necesidad del actor de un medio de transporte para acercarse a su lugar de trabajo.

- En cuanto a la indemnización moratoria solicitada, pese a la inasistencia directa al proceso de la demandada, conforme a las pruebas legalmente aportadas por la parte actora está evidenciado que CERÁMICA ANDINA LTDA. atravesó una crisis económica que la tenían en medio de reestructuración y posterior liquidación, misma que justificó la terminación del vínculo laboral acorde a la Ley 1116 de 2006. Explicando que las sanciones moratorias acorde a la jurisprudencia no se aplica automáticamente sino depende de la buena o mala fe que se evidencie en la actuación del empleador, valoración que no está sometida a reglas específicas o mecánicas y específicamente la Sala de Casación Laboral ha señalado que la mera liquidación o una crisis económica es insuficiente para absolver al empleador, pues aún allí se pueden efectuar maniobras para esquivar los derechos laborales, resaltando que debe analizarse la actuación de cada momento en que se genera la mora, es decir para cada cesantías el momento en que debían consignarse y la liquidación final el momento del despido.

- Para el caso concreto encuentra que demostrada la liquidación judicial en que estaba incurso la demandada CERÁMICA ANDINA LTDA., resultado de una crisis económica de vieja data pues desde 1999 estuvo en insolvencia, desde 2004 una reorganización empresarial que la llevaron a iniciar un plan de pagos desde 2005 que no pudo cumplir y fue reformado en 2008 o 2009, estando cumplido para 2014 pero la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES negó el levantamiento pues pese al pago de acreedores no se evidenció el cumplimiento de todas las obligaciones concordatarias y se dio paso a la liquidación, incluyendo entre las deudas impagas el rubro de cesantías de los trabajadores de 2012 a 2015, primas de servicio de 2016, aportes a pensiones, entre otras deudas a proveedores.

- Descarta la existencia de mala fe en el actuar del empleador, pues de los documentos se desprende que la crisis económica y los impagos fueron derivadas de situaciones objetivas e inclusive hechos notorios como la crisis de la zona de frontera, cancelación de exportaciones, paros camioneros y condenas judiciales acorde a acta de reunión de acreedores aportada con la demanda; resaltando que esta situación llevó precisamente a la apertura del proceso de liquidación judicial, a la terminación de los contratos de trabajo y la designación de un liquidador para proceder a evaluar el orden de pagos adeudados, lo que impide advertir que hubiera mala fe en su actuar tanto al momento de causarse las cesantías no consignadas como el pago de la liquidación final.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandante

La apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia fundado en los siguientes argumentos:

- Solicita que se revoque el fallo y se acceda a las pretensiones, pues está demostrado que CERÁMICA ANDINA LTDA. entró en liquidación y crisis

económica por los malos manejos financieros de su representante legal, siendo la liquidación un hecho atribuible a este ya que se puede evidenciar la existencia de acreedores familiares que le permitieron alegar la liquidación y ahora beneficiarse de esto para evadir pagos de acreencias laborales, quienes han sido victimizados por este actuar.

- Resalta, que ha sido sistemático el incumplimiento de la empresa, que no consigna debidamente cesantías a sus trabajadores desde el año 2009 y puede verificarse que en 2014 prefirió pagar a sus acreedores bancarios antes que a sus trabajadores, no siendo posible que se imponga al trabajador la consecuencia de los malos manejos administrativos. Sin que exista prueba a la fecha de este fallo del pago de las reclamadas cesantías ni de las acreencias laborales.

- Advierte, que la empresa se valió de la herramienta legal de liquidación para despedir a sus trabajadores y evadir el pago de sus derechos, sin que siquiera se presentara a defender su alegada buena fe en este proceso y se valoró el acervo probatorio a favor de la demandada, omitiendo que desde el acta de apertura de liquidación la SUPERINTENDENCIA autorizó al empleador a pagar las acreencias laborales; y específicamente sobre la sanción moratoria por no consignación de las cesantías, se estima procedente pues su causación es anterior al proceso de liquidación y este no exonera del pago de derechos causados previo a su inicio, ni es una razón para imputarle las pérdidas del empleador a los trabajadores. Circunstancia que ha sido evaluada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta previamente.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida, las partes presentaron sus alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

• PARTE DEMANDANTE:

La apoderada de la parte actora, manifiesta que el fallador de instancia se equivocó al dar por demostrado que la demandada actuó de buena fe por encontrarse en estado de liquidación ante la Superintendencia de Sociedades, omitiendo por ello consignar cesantías de 2012 a 2016 y pagar la liquidación final y dejó de dar por demostrado que hubo una reunión de acreedores sin los trabajadores, que al iniciar la liquidación no había consignado cesantías pese a ser créditos de primer orden, pese a contar con activos por \$14.500 millones de pesos y tampoco dio por probado que manipuló de mala fe la liquidación para no pagar salarios y prestaciones, inclusive dejó de pedir autorización para ejecutar el despido colectivo.

Refiere que está demostrada la existencia del contrato de trabajo entre mayo de 1982 a enero de 2017, finalizado sin justa causa y encontrándose el trabajador en estado de debilidad manifiesta, por lo que si bien la liquidación es causa legal no es justa y procedía el reintegro. Agrega que es evidente la mala fe del empleador, por la falta de autorización para el despido colectivo, por promover un acuerdo de reestructuración sin pagar a los trabajadores debidamente, utilizó maniobras para dejar de cancelar durante la liquidación y a la fecha no ha pagado las prestaciones y salarios adeudados, dejando inclusive de asistir al proceso para defenderse, situaciones que deben ser analizadas bajo los parámetros jurisprudenciales de providencia SL16884 de 2016.

Sobre el despido injusto, refiere que los testigos son claros al indicar que la empresa accionada nunca hizo caso omiso a las recomendaciones laborales emitidas por los diferentes médicos tratantes y médicos laborales, pero si obligándolos a trabajar domingo a domingo; dejando desvinculado a un trabajador de 35 años con problemas de salud, agravando con ello su patología y causándole perjuicios morales, físicos y familiares.

• **PARTE DEMANDADA:**

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

6. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala de Decisión son los siguientes:

¿Si el demandante REYES TOBOS CONTRERAS, tiene derecho a que la demandada CERÁMICA ANDINA LTDA. EN LIQUIDACIÓN, le reconozca y pague indemnización moratoria por no pago de la liquidación final de pretensiones y sanción por no consignación oportuna de cesantías por la actuación del empleador?

7. CONSIDERACIONES

En este caso, el problema jurídico se enfoca en determinar si el demandante REYES TOBOS CONTRERAS, tiene derecho a que la demandada CERÁMICA ANDINA LTDA. EN LIQUIDACIÓN, sea condenada a reconocer las indemnizaciones moratorias solicitadas por el impago de prestaciones sociales al finalizar la relación laboral y la no consignación oportuna de cesantías en el fondo.

Al respecto, el Juez *a quo* determinó que si bien la demandada no acudió al proceso sino que fue representada por curador ad litem, de las pruebas aportadas desde la demanda era posible identificar que el impago de prestaciones y no consignación de cesantías no obedeció a una decisión arbitraria o caprichosa, sino a la imposibilidad económica que atravesó de vieja data y que finalmente conllevó a su liquidación, por lo que no era procedente imponer las sanciones moratorias solicitadas al no evidenciarse mala fe; conclusión a la que se opone la parte actora, quien reclama una indebida valoración de la actitud del empleador y denuncia el uso indebido de la insolvencia para evadir el pago de acreencias laborales.

Atendiendo al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., esta Sala solo está facultada para pronunciarse de los asuntos objeto de apelación y por ende, está excluida de conocer por aquellas pretensiones no reconocidas pero omitidas por el apelante, como es del caso, el auxilio de transporte que no fue reclamado por la parte actora en su recurso e igualmente se advierte que la demanda no reclamó pretensiones como el reintegro o indemnización por despido injusto que refiere su alegato

de conclusión; por lo que se procede a establecer la procedencia de las indemnizaciones moratorias reclamadas.

Preliminarmente se resalta, que no es objeto de controversia que el señor REYES TOBOS CONTRERAS suscribió contrato a término indefinido con CERÁMICA ANDINA LTDA. desde el 22 de agosto de 1982, desempeñando funciones como operario de producción hasta el 15 de febrero de 2017, cuando su contrato finalizó por la causal del numeral quinto del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, en el marco del proceso de liquidación judicial de la sociedad que fue admitida por la Superintendencia de Sociedades en auto del 28 de noviembre de 2016.

Así mismo, acorde al documento titulado “LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES” suscrito por el agente liquidador señor FABIO ALARCÓN MÉNDEZ, al actor se le adeudan los conceptos de cesantías del año 2013 al 2017, primas de servicio de 2016, la liquidación final de prestaciones de 2017 e intereses de mora por cada concepto; reconociendo una deuda por total de \$39.470.009; dicho documento señala que hace constar su pago pero no está firmado por el demandante como recibido, afirmándose desde la demanda que a la fecha no ha percibido concepto alguno y se mantiene la deuda; razón por la que solicita la condena por moratorias.

De conformidad con el artículo 65 del C.S.T., *“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, 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 período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.”*

Por su parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece en su numeral tercero que *“El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*.

Al respecto, sobre la indemnización moratoria, se traerá a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-1091 de 2018 al indicar que esta condena *“tiene un carácter eminentemente sancionatorio, pues se genera cuando quiera que el empleador se sustrae, sin justificación atendible, al pago de salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del vínculo laboral”* y se ha agregado por la jurisprudencia *“que el juzgador no debe proferir condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe para exonerar al empleador”*; esta noción que rechaza la aplicación automática de la indemnización moratoria se extiende a la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, indicando la Sala de Casación Laboral en sentencia SL3492 de 2018, que *“para su imposición el fallador debe analizar la conducta del empleador a efectos de establecer si la omisión en la*

consignación de las cesantías estuvo revestida de buena fe de parte aquel para, de esta manera, proceder a eximirlo de su pago”.

Más recientemente, la providencia SL1293 de 2020 resalta que la Sala de Casación Laboral *“se ha opuesto a cualquier hermenéutica fundada en reglas inderrotables y concluyentes acerca de cuándo procede o en qué casos hay buena fe o no, pues se ha inclinado por la verificación de la conducta del empleador en cada caso concreto, de acuerdo con todos los detalles y peculiaridades que aparezcan probados en el proceso, pues «no hay reglas absolutas que fatal u objetivamente determinen cuándo un empleador es de buena o de mala fe» y «sólo el análisis particular de cada caso en concreto y sobre las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, podrá esclarecer lo uno o lo otro»* concluyendo que *“las decisiones fundamentadas en guías o paradigmas preestablecidos de comportamiento de buena o mala fe, se distancian del sentido que esta Sala les ha atribuido a los preceptos normativos que consagran la indemnización moratoria, que, se repite, exigen sin excepción, la revisión completa y dimensionada de todos los elementos del caso”.*

Ante ello, no existe un parámetro objetivo para determinar la buena fe del empleador para no cancelar las prestaciones laborales respectivas al trabajador cuando ha finalizado la relación laboral, sino que compete al juzgador establecer si existió alguna justificación que permita entrever que el empleador entendía que no estaba obligado a cancelar los derechos reconocidos, o que estaba convencido de que existían serias razones objetivas y jurídicas para abstenerse de hacer los pagos.

Sobre la forma de valorar la mala fe, la sentencia SL11436 del 29 de junio de 2016 (Rad. 45.536 y M.P. GERARDO BOTERO) hace un recorrido sobre los precedentes que debe seguir todo funcionario judicial al estudiar la imposición de la indemnización moratoria; destacando que algunos elementos a tener en cuenta son la conducta del empleador, tanto en el desarrollo de la relación como con su finalización, esto es, *“en relación a los actos y comportamientos del empleador moroso que permitan descalificar o no su proceder”*, recordando que en decisiones previas se dieron algunos parámetros como la necesidad de evaluar *“si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no pagarlos”*, también si *“éste tuvo razones serias y atendibles, que le generaron el convencimiento sincero y honesto de no deber, o que justifiquen su incumplimiento”*.

En el presente caso, el juez *a quo* resolvió negar las indemnizaciones por estimar que pese a la demostrada existencia de obligaciones laborales incumplidas al tiempo, se evidenció que obedeció a la crisis económica que llevó a la liquidación judicial de la empresa y que en medio de esta, se ha reconocido la deuda a los trabajadores para ser cancelada en la medida que se avance en el cumplimiento de las acreencias reconocidas; decisión que controvierte la apelante, al estimar que esta liquidación se hizo para esquivar las obligaciones laborales y ha sido ampliamente dilatada por la empresa demandada.

Al respecto, se destacan del plenario las siguientes pruebas:

- Certificado de existencia y representación legal de CERÁMICA ANDINA LTDA EN LIQUIDACIÓN.

- Acta de reunión de acreedores de la sociedad CERÁMICA ANDINA LTDA. del 19 de agosto de 2016, donde se evidencia que desde 2003 la empresa se sometió a un proceso de reestructuración que le permitió sanear parcialmente sus acreencias hasta el 9 de abril de 2014 que la Superintendencia de Sociedades negó la terminación por existir obligaciones posteriores insolutas, comprendidas por impagos a trabajadores, fondos de pensiones, impuestos prediales y otros acreedores como DIAN o CENS, explicando que las deudas provenientes por el cierre de frontera y una condena de reajustes salariales por laudo arbitral incrementaron la deuda e imposibilidad de cumplimiento.
- Auto del 28 de noviembre de 2016 de la Superintendencia de Sociedades admitiendo a liquidación judicial la empresa CERÁMICA ANDINA LTDA., tras haber finalizado negativamente el acuerdo de reestructuración.
- Auto del 12 de enero de 2017 de la Superintendencia de Sociedades designando a FABIO ALARCÓN MÉNDEZ como liquidador.

Estos documentos permiten evidenciar, que la actuación del empleador ha estado supeditada permanentemente por un acuerdo de reestructuración que empezó en el año 2003 y que pese a acogerse a los términos del mismo, para el año 2012 se vieron afectados por los efectos de la crisis fronteriza y por ello en 2014 se declaró el incumplimiento de las obligaciones posteriores al acuerdo, llevando a la terminación del proceso para abrir la liquidación judicial. Esta declaratoria de incumplimiento es paralela al momento en que comienza el impago de las prestaciones reclamadas y aceptadas como adeudadas al trabajador, lo que conllevó a la liquidación forzosa que estaba vigente al momento en que finalizó la relación laboral.

Esto implica, que no se evidencia una intención defraudatoria del empleador en el impago de las prestaciones al trabajador, como afirmó el juez *a quo*, pues sus actuaciones empresariales estuvieron desde el año 2016 condicionadas por la declaratoria de incumplimiento de su reestructuración, pues pese a cumplir con las deudas que inicialmente llevaron a esta intervención las condiciones económicas de la frontera fueron determinantes, según acuerdan y aceptan los acreedores en 2016, para que desde 2014 se imposibilitara seguir cumpliendo los acuerdos y suscitó la liquidación judicial de la empresa.

Mal podría entenderse que para el momento de la terminación del contrato existiera intención defraudatoria en un empleador que quedó sometido a las consecuencias de incumplir su proceso de reestructuración y reconoce que se encuentra en imposibilidad de cumplir con las obligaciones vigentes para someterse al proceso de liquidación forzada, por lo que la asunción de pagos deja de estar a su disposición para recaer en el interventor y el esquema o plan de pagos que se propone y somete a consideración de todos los acreedores, siguiendo el procedimiento legal correspondiente.

Así lo ha entendido, la Sala de Casación Laboral en providencias SL2833 de 2017, SL17579 de 2017 y SL4476 de 2018 donde reiteró el siguiente precepto contenido inicialmente en sentencia del 10 de octubre de 2003 (Rad. 20.764):

“(…) Frente a la anterior situación, debe decirse que de imponerle la indemnización moratoria a un empleador que

se encuentra en esas condiciones, es decir en liquidación obligatoria, no tendría razón de ser la expedición de las leyes especiales que permiten la intervención Estatal en las empresas, las cuales están destinadas a proteger no solo el capital y la inversión económica, sino también los intereses de los asalariados y por ende el derecho Constitucional al empleo consagrado en el artículo 25 del Ordenamiento Superior, que se orienta a que un agente estatal dirija los destinos de la unidad de explotación económica y pretenda ya la recuperación económica, ora la liquidación de la sociedad, todo, contra la voluntad del empleador y empresario, sin que pueda quedar al libre albedrío del promotor del acuerdo o del liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos destinados, a conservar el equilibrio de la compañía como persona moral y la igualdad entre los acreedores, según la filosofía propia de la liquidación forzada regulada en la Ley.

*Finalmente, **no puede deducirse que una empleadora que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes**, como para entrar a darle viabilidad al Art. 65 del C. S. del T., que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática.”*

De esta manera, al afirmar la parte actora que el proceso de liquidación judicial fue iniciado y utilizado por el empleador para defraudar procesos laborales, está desconociendo que al someterse a este trámite la persona jurídica se desprende de su capacidad de tomar decisiones para ajustarse a las disposiciones legales, conforme el numeral quinto del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 que reza: “*La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce: 5. La terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna **quedando sujetas a las reglas del concurso, las obligaciones derivadas de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelación que les correspondan***”.

En esa medida, existe una justificación objetiva y razonable para haberse desatendido de las obligaciones laborales al momento de presentarse la terminación de la relación laboral; pero esta no se hace extensiva para los años 2014 a principios de 2016 cuando se debieron haber consignado oportunamente las cesantías de 2013 a 2015, momento para el cual el empleador aún estaba en facultad de manejar administrativamente sus recursos y haber dado cumplimiento a los preceptos legales que confieren prevalencia a las obligaciones laborales.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a la demandada de las pretensiones dirigidas a reclamar sanción moratoria por el impago de prestaciones sociales al momento de la terminación de la relación laboral, pero no respecto de la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, al evidenciarse que los efectos de un proceso de reestructuración y liquidación judicial solo le justifican para su mora luego de la admisión, que fue el 28 de noviembre de 2016. Situación que ha venido siendo objeto reiterado de pronunciamiento por parte de esta Sala, en sentencia del 14 de diciembre de 2020 (Rad. 54001310500220170052501)

y del 2 de febrero de 2022 (Rad. 54001310500220170052201), donde se expuso:

“No se desconoce que la iliquidez o crisis económica del empleador, afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, sin embargo, no debe perderse de vista, que éstos no asumen los riesgos o pérdidas del empleador, tal como lo prevé el artículo 28 del C. S.T. Y además que, los créditos causados por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás, como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990.

Tampoco debe perderse de vista que el empleador, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (artículo 333 Constitución Política).”

En consecuencia, se advierte que conforme al artículo 99 de la ley 50 de 1990, se condenará al demandado CERÁMICA ANDINA LTDA. EN LIQUIDACIÓN al pago de un día de salario por cada día de retraso en el cumplimiento de su deber de consignar las cesantías en el fondo al que estaba afiliado el trabajador REYES TOBOS CONTRERAS los 14 de febrero de 2014, 2015 y 2016 respecto del año laboral anterior; que se liquidará siguiendo los valores identificados en el documento visto a folio 18 del expediente digita, excepto para 2013 donde se enuncia un saldo inferior al mínimo, y conforme a la tabla anexa asciende a un total de \$29.059.912.

Año	Salario	Diario	Fechas de mora	Días de mora	Total
2013	\$589.500	\$19.650	15/02/2014 a 14/02/2015	360	\$7.074.000
2014	\$913.417	\$30.447	15/02/2015 a 14/02/2016	360	\$10.960.920
2015	\$939.617	\$31.321	15/02/2016 a 07/02/2017	352	\$11.024.992

Respecto de las cesantías de los años 2016 y 2017, al finalizar el vínculo laboral antes del 14 de febrero de 2017 estos debieron ser entregados al trabajador con su liquidación final de prestaciones y no consignados al fondo de cesantías; por lo que estos rubros harían exigible sanción bajo el artículo 65 del C.S.T., pero como se explicó para esta fecha de causación el empleador no tenía control legal sobre el pago de sus acreedores y por ende no es procedente su imposición.

Finalmente, al prosperar parcialmente el recurso de apelación, se condenará en costas parciales de ambas instancias a la parte demandada. Fijense como agencias en derecho a favor del actor el equivalente un salario mínimo mensual legal vigente en primera instancia y medio salario mínimo mensual legal vigente en segunda instancia.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral segundo y el numeral tercero de la Sentencia del 24 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en lo correspondiente a la absolución por la sanción por no consignación oportuna de las cesantías de 2013 a 2015; en su lugar, condenar a CERÁMICA ANDINA LTDA. EN LIQUIDACIÓN a cancelar al señor REYES TOBOS CONTRERAS por este concepto la suma total de \$29.059.912, según se discriminó en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en su integridad los demás acápite de la providencia impugnada, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de ambas instancias a la parte demandada; fíjense como agencias en derecho el equivalente un salario mínimo mensual legal vigente en primera instancia y medio salario mínimo mensual legal vigente en segunda instancia.

Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES

Magistrada Ponente


ELVER NARANJO

Magistrado


JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2018-00526-01
RADICADO INTERNO:	19.456
DEMANDANTE:	ANGEL WILLIAM SILVA RUBIO
DEMANDADO:	LADRILLERA CASABLANCA S.A.S

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 09 de agosto de 2.021 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor ANGEL WILLIAN SILVA RUBIO, interpuso demanda ordinaria laboral solicitando que se declare que encontrándose en estado de debilidad manifiesta por patologías de origen laboral, fue despedido sin justa causa y sin permiso del Ministerio del Trabajo, por lo que la empresa demandada actuó de mala fe al no acatar las ordenes de reubicación laboral y las recomendaciones laborales emitidas por la A.R.L. BOLIVAR, y como consecuencia, se condene a reintegrarlo y reubicarlo laboralmente en la Ladrillera Casablanca S.A.S, sin solución de continuidad en el cargo que ocupaba o en uno de igual o superior jerarquía, a pagarle los salarios, las prestaciones sociales y los aportes a seguridad social dejados de percibir, así como la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1.997 por valor de \$7.200.200, la indemnización plena de perjuicios que le ocasionaron la cual tasa en 100 salarios mínimos por valor de \$78.124.200, sumas que solicita debidamente indexadas y con intereses moratorios.

Expuso como fundamento fáctico de sus pretensiones:

- Que, es un hombre de 43 años, padre cabeza de familia y en estado de debilidad manifiesta.
- Que, ingresó a laborar para la empresa LADRILLERA CASABLANCA S.A.S. el 19 de enero del 2.012 como auxiliar de cargue y descargue de hornos en la fabricación de tabletas; devengando un salario mensual de \$1.200.000. Que, al día siguiente, se practicó los exámenes de ingreso, obteniendo como resultado que se encontraba apto para el puesto de trabajo.
- Que, el 17 de septiembre del año 2.012 sufrió un accidente de trabajo mientras se encontraba dentro del horno cargándolo, le paso el material a otro compañero que lo estaba acomodando y de repente una tableta le cayó encima golpeándole el hombro derecho y desde ahí quedo con un fuerte dolor e inflamación que fue atendido por la ARL SEGUROS BOLIVAR.
- Que, se encuentra en estado de discapacidad debido a las patologías degenerativas: TRAUMA DE TEJIDOS BLANDOS DE HOMBRO DERECHO, BURSITIS SUBACROMIO-SUBDELTOIDEO DERECHO, IRREGULARIDAD LEVE INESPECIFICA DE LA INTENSIDAD DE SEÑAL DEL LABRUM

POSTEROSUPERIOR DE NATURALEZA DEGENERATIVA POR INCIPIENTE DESGARRO, CORRELACIONAR CON LA CLINICA TENOSINOVITIS DE LA PORCION LARGA DE BICEPS, adquiridas al servicio de la empresa demandada.

- Que, debido a su condición de salud fue despedido el 13 de febrero de 2.013, momento en que se encontraba en tratamiento y con recomendaciones laborales de reubicación.
- Que en resonancia magnética realizada el 11 de marzo de 2.013 sobre su hombro derecho, dio como resultado BURSITIS ACROMIOCLAVICULAR, TENDINOPATIA DEL SUPRAESPINOZO Y SUBESCAPULAR, BURSITIS SUBACROMIO-SUBDELTOIDEA Y TENOSINOVITIS DE LA PORCIÓN LARGA DEL BICEPS.
- Que mediante acción de tutela proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal Para Adolescentes el 09 de abril del 2013, fue reintegrado a su puesto de trabajo al no haber solicitado la pasiva autorización al MINISTERIO DE TRABAJO.
- Que desde el año 2.013 está asistiendo al médico por dolor lumbar que se ha vuelto crónico y antes de que le quitaran la seguridad social le descubrieron mediante rayos x: DESVIACIÓN ESCOLIOTICA DORSOLUMBAR DE CONVEXIDAD DERECHA, ESPONDILOSIS, LUMBAR Y DOLOR CRÓNICO.
- Que el 19 de enero de 2.015 la Junta Regional de Calificación por la BURSITIS DEL HOMBRO Y TENDINITIS DEL BÍCEPS le reconoció una pérdida de capacidad laboral del 14.60%.
- Que la ARL BOLIVAR citando el artículo 8 de la ley 776 de 2.002 emitió recomendaciones laborales y ordenó su reubicación a un puesto que cumpliera con las recomendaciones y restricciones, lo que no tuvo en cuenta la demandada, por lo que su situación de salud empeoró y esto fue de conocimiento de la pasiva y del sindicato de trabajadores SUTIMAC, porque fue víctima de acoso laboral.
- Que el 1. ° de diciembre de 2.015 el señor JAVIER DE JESUS MESA RESTREPO, presidente de la organización sindical SUTIMAC-Subdirectiva Cúcuta, radicó una querrela ante la Dirección Territorial Norte De Santander del MINISTERIO DEL TRABAJO, contra la demandada, por no reubicar conforme a las recomendaciones médicas laborales emitidas por las A.R.L a los trabajadores: NELSON ACEVEDO RAMIREZ, PAULO EMILIO SOLER Y ANGEL WILLIAN SILVA RUBIO.
- Que el 19 de enero de 2.016, tres años después de haberse llevado a cabo el reintegro de acuerdo con lo ordenado por el juez de tutela, fue despedido nuevamente sin autorización del MINISTERIO DE TRABAJO y la demandada argumentó en el oficio de despido que dicha decisión fue motivada por el hecho de que ya había transcurrido el tiempo otorgado por el juez de tutela para que él instaurara demanda ordinaria. Que la pasiva conocía su situación de salud y dio por terminado el contrato de trabajo, desconociendo el derecho a la estabilidad reforzada de que habla la ley por la limitación física.
- Que el 22 de octubre del 2.018 la Dirección Territorial Norte De Santander del MINISTERIO DEL TRABAJO notificó la resolución N° 0299 del 27 de septiembre de 2.018, donde sanciona a la empresa demandada con una multa por la suma de \$ 23.437.269 por el proceso adelantado, al no haber reubicado y tenido en cuenta las recomendaciones médicas respecto a los trabajadores NELSON ACEVEDO RAMIREZ, PAULO EMILIO SOLER Y ANGEL WILLIAN SILVA RUBIO.
- Que el 12 de diciembre del 2.018 realizó solicitud ante el MINISTERIO DEL TRABAJO, en aras de saber si la empresa demandada había solicitado permiso para realizar en dos oportunidades los respectivos despidos y estaba a espera de la respuesta.

La demandada LADRILLERA CASABLANCA S.A.S. a través de apoderado judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos narrados en la demanda relativos a: edad del demandante, que es padre de familia, la fecha de vinculación a la empresa, cargo para el cual fue contratado el actor, fecha en que se practicó examen de ingreso y su resultado, que el mismo sufrió un accidente de trabajo el 17 de septiembre del año 2.012 y fue reubicado de puesto de trabajo acatando decisión judicial, así como que el actor el 12 de diciembre de 2.018 el señor SILVA RUBIO realizó solicitud ante el MINISTERIO DE TRABAJO para saber si esa empresa había solicitado permiso para realizar en dos oportunidades los respectivos despidos.
- Expresó, que el demandante fue calificado en forma definitiva por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER, mediante Dictamen 6261 del 19 de enero de 2.015, donde se le diagnosticó lo siguiente: i) Secuelas de otros traumatismos especificados de miembro superior, ii) Bursitis del hombro y iii) Tendinitis de biceps, respecto del cual no se presentaron recursos. Que con base en la firmeza del Dictamen 6261 del 19 de enero de 2015, la ARL SEGUROS BOLIVAR, indemnizó al demandante con el pago de 6.5 salarios por un valor total de CINCO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA MIL NOVECIENTOS DIECIOCHO PESOS CON 98/100 (\$5.580.918,98), el cual recibió a satisfacción el trabajador.
- Indicó que mediante oficio DBRP-15577-2013 del 18 de septiembre de 2013, la ARP BOLIVAR comunicó a la empresa, las recomendaciones a seguir, las cuales eran: i) Evitar cargar; alzar o empujar pesos superiores a 3,5 Kgs, ii) Evitar actividades que produzcan vibración en su brazo afectada, iii) Las tareas a realizar con el miembro superior derecho que exijan movimientos de rotación externa, flexión del hombro por encima de 90 grados, las debe realizar con el miembro superior izquierdo, utilizando el derecho como apoyo y iv) Descanso cada dos horas por diez minutos de la jornada laboral, permitiendo al trabajador hacer ejercicios de estiramiento y relajación muscular a nivel de miembros superiores.
- Manifestó que el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada se otorgó por el Juez de Tutela al actor como mecanismo transitorio, condicionando los efectos del fallo a que el accionante debía ejercer las acciones legales laborales ordinarias dentro de un término máximo de cuatro (04) meses a partir de la ejecutoria del fallo de tutela, so pena que cesaran los efectos de dicha providencia, lo cual no hizo.
- También señaló, que es cierto que el sindicato SUTIMAC formuló queja contra esa empresa ante el MINISTERIO DE TRABAJO por la presunta no reubicación y acatamiento de recomendaciones médicas de los trabajadores NELSON ACEVEDO RAMIREZ, PABLO EMILIO SOLER y ANGEL WILLIAM SILVA RUBIO y en el curso del proceso sancionatorio administrativo-laboral expidió la Resolución 0299 del 27 de septiembre de 2.018, por la cual le impuso una sanción pecuniaria, no obstante lo anterior, dicha resolución no está ejecutoriada porque en ejercicio de su derecho de defensa, interpuso los recursos ordinarios de reposición y apelación.
- Precisó, que la empresa no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el vínculo laboral con el actor, porque el despido del trabajador no obedeció a su condición de salud y destacó que el 19 de enero de 2.016 al momento de materializarse la desvinculación, este no tenía ningún tipo de incapacidad laboral, ni una calificación ejecutoriada y en firme que determinara una pérdida de su capacidad laboral siquiera moderada, pues esta solo alcanza el 14,60%, lo que no permite el amparo de la figura de la estabilidad laboral reforzada. También expresó que la empresa dio por terminado el contrato de trabajo conforme a lo dispuesto en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de tutela proferida el 09 de abril de 2.013 por el Juzgado Tercero Penal Municipal Para Adolescentes Con Funciones De Control De Garantías De Cúcuta.

- Expuso, que no es cierto que el actor se encuentre en estado de debilidad manifiesta, que, de acuerdo con los mismos documentos aportados por él, que hacen relación con su examen de egreso practicado por la IPS ASSOT el 23 enero de 2.016, solo se determina que hay secuelas por accidente de trabajo reportado y se recomienda valoración por ARL. También manifestó que no es cierto que el demandante devengara un salario de \$1.200.000,00, pues el salario pactado fue a destajo y en el año 2.012 devengó un salario promedio de \$636.099.
- Así mismo, señaló que no es cierto que al demandante se le haya comunicado mediante oficio el 13 de diciembre de 2.013 que su contrato de trabajo finalizaba el 19 de enero de 2.013, no existiendo por parte de la empresa intención de renovarlo, pues se terminó por vencimiento del plazo. No obstante, teniendo en cuenta que la empresa recibió el oficio 22269 de la ARP Bolívar el 12 de diciembre de 2.012, a través del cual dio a conocer la condición de salud del actor, e hizo unas recomendaciones laborales por el término de 30 días, sumado a que tendría un nuevo control médico, se le notificó al demandante que el contrato no se le terminaría, sino que se le prorrogaba por un término de dos meses más, siendo su nueva fecha de vencimiento y terminación el 19 de marzo de 2.013.
- Indicó que el 18 de enero de 2.013 recibieron el oficio No. 859 de la ARP Bolívar, donde les comunicaron que el señor ANGEL WILLIAM SILVA RUBIO había sido dado de alta sin secuelas calificables y que el caso se consideró cerrado e indicó que la empresa siempre estuvo atenta a que el trabajador cumpliera a cabalidad con todas las recomendaciones emitidas por dicha ARL, recordándole siempre por escrito las restricciones y disminución de carga laboral que debía cumplir, así como su obligación de acatar estas recomendaciones, so pena en caso de incumplimiento de hacerse acreedor a sanciones, lo que se prueba con varios oficios que le fueron remitidos. También expresó que no existe ninguna queja del señor SILVA RUBIO por supuesto acoso laboral.
- Por lo anterior, se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito: falta de causa para demandar, pago, buena fe empresarial, prescripción y la innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 09 de agosto de 2.021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: Declarar que entre el señor ÁNGEL WILLIAM SILVA RUBIO, como trabajador, y la LADRILLERA CASABLANCA S.A.S., existió un contrato de trabajo entre el día 19 de enero de 2012 al día 19 de enero de 2016.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción planteada por LADRILLERA CASABLANCA S.A.S, a través de su apoderado judicial que denominó falta de causa para demandar. En consecuencia, absolver de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor ÁNGEL WILLIAM SILVA RUBIO.

TERCERO: Condenar en costas a la parte demandante, fijar como agencias en derecho a favor de la parte demandada la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente.”

Fundamento de la Decisión.

El juez de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Estableció que el problema jurídico a resolver consistía en establecer si el actor se encontraba cobijado por la garantía de la estabilidad laboral reforzada al momento de su desvinculación, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1.997, a partir de allí y de ser resuelto de manera positiva dicho interrogante, si era procedente reconocer prestaciones sociales,

vacaciones y demás emolumentos, desde el día siguiente a su despido, esto es el 20 de enero de 2.016 hasta cuando se produzca su reinstalación. Que en segundo lugar se debía verificar si era procedente ordenar la indemnización plena de perjuicios en favor del demandante de conformidad con el artículo 216 del C.S.T.

- Advirtió, que la tesis inicial sobre el primero de los problemas jurídicos planteados es negativa, pues el demandante no se encontraba cobijado con la estabilidad laboral reforzada contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al momento de la finalización de su vínculo laboral el 19 de enero del año 2.016, teniendo en cuenta que para dicha fecha no tenía una pérdida de capacidad laboral superior al 15% en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y además, por cuanto no se evidencia que dicha terminación se haya realizado como un acto discriminatorio en contra del actor, en contravención de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo que no se ordena el reintegro replicado en la demanda.
- Que tampoco procede la indemnización plena de perjuicios solicitada, teniendo en cuenta que no se probó que la entidad demandada haya tenido culpa en el accidente de trabajo sufrido por el demandante el 17 de septiembre del año 2.012.
- Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL11411 del 2.017, clarificó que los destinatarios de las garantías especiales a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad en grado moderado, severo o profundo; independientemente del origen que tenga. También citó la sentencia del 28 de agosto del año 2.012, radicación 39207 que ha sido reiterada en las sentencias SL10538 del año 2.016 y SL5163 del 2.017, entre otras, en la que la Corte adoctrino: “No toda discapacidad goza de la protección a la estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues en concordancia con el artículo 1 y 2 de la citada ley, dedujo que gozan de dicha protección, aquellos trabajadores con grado de discapacidad moderado, del 15 al 25%; severo, mayor al 25 y menor al 50%; o profundo, mayor al 50%. Bajo esta premisa, negó la protección al demandante quien sufrió una incapacidad permanente parcial de 7,41%”.
- Preciso, que el precedente de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, ha sido pacífico en advertir en la sentencia con Radicación 32532 del año 2.008 e inclusive en la Sentencia SL711 del año 2.021, que para que un trabajador acceda a la protección estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requieren acreditar tres presupuestos diferentes, como son: i) Que el actor, trabajador o demandante, se encuentre en una de las siguientes hipótesis: Con una limitación moderada, superior al 15% e inferior al 25%; severa, superior al 25 e inferior al 50% o; profunda, superior al 50%; ii) Que el empleador conozca de dicho estado de salud y, iii) Que la terminación de la relación laboral suceda o acontezca por razón de su limitación física y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo.
- Recordó, que el accionante pretende su reintegro advirtiendo que su vínculo laboral fue terminado encontrándose en condición de discapacitado y para la prosperidad de esta pretensión se tienen que corroborar los tres presupuestos mencionados.
- Respecto al primer presupuesto trajo a colación lo advertido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en cuanto a que no es necesario que el trabajador este previamente reconocido como una persona en condición de discapacidad o que se identifique de esta manera en un carné como el que regula el artículo 5.º de la Ley 361 de 1.997, conforme se expuso en sentencia del 18 de septiembre de 2.012, radicación 41845, que igual situación se predica del dictamen que emitan la Juntas de Calificación de Invalidez, pues de acuerdo con lo adoctrinado por esta sala, este documento no esta instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador, o de la pérdida de capacidad laboral, de manera que en estos

casos el Juez del Trabajo tiene libertad probatoria, según se expuso en la sentencia de la Corte Suprema 10538 del año 2.016.

- Recapituló los documentos allegados por el actor junto con la demanda, con los cuales se corrobora la existencia del vínculo laboral y su forma de terminación, y aquellos aportados para acreditar la condición de salud del actor y la garantía de la cual se consideraba en su momento cobijado, así como los que se allegaron conforme a los requerimientos realizados por el Despacho a la EPS MEDIMAS, a la ARL SEGUROS BOLIVAR y al MINISTERIO DEL TRABAJO, y los aportados por la demandada. Respecto a la tachá presentada frente al testimonio del señor JAIRO MORA, advirtió que esta no fue acreditada y no tiene vicios de prosperidad, no obstante, en nada sirve la declaración rendida por el testigo para corroborar la condición de salud del demandante, pues a pesar de que este resalta y advierte que al demandante le habían dado por terminado su contrato de trabajo por condición de salud, no puede dar fe particularmente de cual era la situación que padecía, ni la pérdida de la capacidad laboral que tenía.
- Señaló, que las pruebas que tenían que ver con las historias clínicas del 05 de octubre del año 2.011 y del 28 de junio del año 2.012 no guardan relación con el tratamiento de salud que padeció el demandante con posterioridad al 17 de septiembre del año 2.012, el diagnóstico sobre el cual fueron valoradas las secuelas por el trauma sufrido en su hombro derecho, ni la pérdida de capacidad laboral que se le dictaminó por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, por lo que no les puede dar valor probatorio para verificar la condición de salud del demandante, pues estas fueron anterior al accidente de trabajo y no se evidencia con posterioridad conforme a las pruebas allegadas al plenario que hayan sido tenidas en cuenta por las recomendaciones laborales que fueron expedidas a partir del accidente de trabajo o por la calificación de la pérdida de capacidad laboral del hombro derecho efectuada el 19 de enero del año 2.015.
- Manifestó, que las respuestas a los oficios remitidos por parte de esa unidad judicial en nada sirven para corroborar la condición de salud del demandante, pues la EPS MEDIMAS se limita a advertir las atenciones de salud que requirió el actor, la ARL SEGUROS BOLÍVAR se limitó a mencionar cuales eran los accidentes de trabajo que habían sido reportados a nombre del demandante y el trámite a seguir en las recomendaciones que fueron expedidas a este, e inclusive la calificación que ya había sido aceptada por las partes, y el MINISTERIO DE TRABAJO respondió algo que ya había sido aceptado al interior del presente trámite por la demandada y era que, había dado por terminado el vínculo laboral sin autorización de dicho ente ministerial.
- Indicó, que si tuvo en cuenta y valoró los demás documentales para verificar la condición de salud y analizar la posible estabilidad laboral que se predica en la demanda de conformidad con el artículo 26 de la ley 361 de 1997. Que con las restantes documentales, todas ellas relacionadas con el accidente de trabajo del 17 de septiembre del año 2019 (sic), si bien es cierto es posible advertir y reconocer el suceso o infortunio sufrido por el actor en la fecha ya mencionada, hecho que ya estaba aceptado por las partes, así como las recomendaciones medico laborales que le fueron expedidas, las incapacidades y su pérdida de la capacidad laboral, no se puede corroborar una condición de salud que le genere una estabilidad laboral reforzada.
- Que por lo anterior y de conformidad con el artículo 61 del C.P.T. Y S.S., se tiene que efectivamente el demandante sufrió un accidente el 17 de septiembre de 2.012, que a partir de allí fue incapacitado por 45 días inicialmente; que de septiembre a diciembre de 2.012 y en enero de 2.013 se le expidieron recomendaciones médicas para laborar; que el 13 de diciembre de 2.012 la demandada le comunicó al demandante la intención de no prorrogar su contrato con fecha de terminación el 19 de enero de 2.013; que a pesar de que la ARL SEGUROS BOLÍVAR le manifestó a la entidad empleadora mediante misiva del 18 de enero del año 2.013 que el caso del demandante se encontraba cerrado por no tener más restricciones, con posterioridad el 23 de enero de dicha anualidad, le fueron expedidas nuevas

recomendaciones para laborar; que la entidad demandada en el mes de febrero del año 2.013 le extendió su vínculo laboral en acatamiento de dichas recomendaciones hasta el mes de marzo, esto es el 19 de marzo del año 2.013 y que, a partir de allí comunico la intención de dar por terminado su contrato de trabajo a partir de esta fecha, y que por ello se presentó la acción de tutela que produjo el reintegro del demandante como mecanismo transitorio hasta tanto se definiera el conflicto por parte del juez ordinario laboral.

- Expuso, que al demandante le continuaron siendo expedidas recomendaciones medico laborales entre los meses de marzo a junio del año 2.013, e inclusive entre los meses de septiembre a diciembre del mismo año, las cuales se fueron extendiendo durante el año 2.014 de forma intermitente; que también se evidencia que la entidad demandada en acatamiento de dichas recomendaciones laborales expidió o entrego diferentes misivas con destino al demandante para que procediera a realizar sus funciones en acatamiento de dichas recomendaciones en donde se le advertía particularmente que sus nuevas funciones estaban relacionadas con limpiar el producto que se sacaba del horno, organizarlo, barrer y que se le reiteraba la obligación de cumplir con el sistema general de seguridad y salud en el trabajo o salud ocupacional y que debía cumplir con los elementos de protección personal.
- Que, en el año de 2.015 el demandante fue calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 14,60%, respecto de la cual no se evidenció que se haya presentado recurso, y que dicho porcentaje no se ubica dentro de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1.997. Que con posterioridad a la calificación de la perdida de capacidad laboral el contrato de trabajo se mantuvo vigente y se evidencia que en los meses de octubre y noviembre de 2.015 fue incapacitado por dolor en su hombro derecho; que al demandante si le fueron realizadas terapias por fisioterapia en los años 2.015 y 2.016, pero al momento de su desvinculación solamente en el examen ocupacional de retiro se determina sospecha por secuela de accidente de trabajo, mas allá de ello no se advierte cual es la condición de salud del actor, pues aunque es una circunstancia que deviene de la perdida de capacidad laboral que le fue calificada al actor, no se allega prueba alguna adicional que permita corroborar que para el mes de enero del año 2.016 el demandante se encontraba con una condición de salud diferente mayor o mas gravosa de la cual ya había sido calificado, al punto que inclusive solo se evidencia prueba de que dos años después en valoración médica el demandante volvió a sentir dolor, que no se encontraba trabajando y que a partir de allí no es posible predicar particularmente que el actor tenia una condición de salud diferente a la cual ya le había sido dictaminada.
- Expresó, que las pruebas documentales allegadas al plenario: historias clínicas, valoraciones médicas, terapias por fisioterapia y las efectuadas por el retiro del demandante como examen médico de retiro ocupacional o la asistencia al médico en el mes de abril del año 2.016, así como la que se evidencia para el año 2.018, si bien demuestran la condición de salud del demandante, sus padecimientos, no generan una prueba adicional que permitan evidenciar que la condición de salud aumento o es más gravosa que la efectuada por la Junta Regional De Calificación De Invalidez De Norte De Santander el 19 de enero del año 2.015. Que, por lo tanto, como quiera que al plenario se allego la prueba de una pérdida de capacidad laboral en concreto, que no existe una calificación posterior o pruebas diferentes que permitan evidenciar que la situación del actor empeoro con posterioridad a la misma, no es posible predicar que el demandante se encuentre cobijado con la estabilidad laboral reforzada dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
- Advirtió, el pleno acatamiento del precedente vertical proferido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Laboral, y que no se evidencia transgresión al precedente jurisprudencial rendido por la Corte Constitucional, entre otras en la sentencia SU049 del año 2017, donde se advierte que la estabilidad laboral reforzada no solamente se encuentra supeditada a una calificación de pérdida de capacidad laboral sino que se encuentra ceñida inclusive a que se corrobore el impedimento de la dificultad

de manera sustancial por parte del trabajador en el desempeño de sus funciones. Lo anterior, porque ante la primera de las decisiones tomadas por la entidad demandada con la que decidió dar por terminado el contrato de trabajo con posterioridad al 17 de septiembre del año 2012, fecha en que el actor tuvo un accidente de trabajo, a pesar de que este se encontraba con recomendaciones médico laborales, el juez constitucional tuteló el derecho que le asistía al demandante de manera transitoria y ordenó su reintegro, teniendo en cuenta que como lo ha advertido inclusive la Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Laboral, que si bien es cierto para corroborar la estabilidad laboral reforzada en un trabajador se tiene que verificar su condición de salud o su pérdida de capacidad laboral en un grado si quiera moderado superior al 15%, también ha resaltado de vieja data que al momento de la terminación del vínculo no se requiere que el demandante este calificado con una pérdida de capacidad laboral, que el juez del trabajo puede entrar a corroborar estas circunstancias con otros elementos de prueba y particularmente que estas circunstancias se deben corroborar con el fin de articular el sistema general de seguridad social integral, la colaboración armónica que debe existir entre los diferentes agentes del sistema como lo son los fondos de pensiones, entidades promotoras de salud, administradoras de riesgos laborales, los mismos trabajadores e inclusive sus empleadores para lo cual se debe propender con la rehabilitación, reubicación o readaptación del trabajador, que ha advertido la corte suprema de justicia que si se evidencian elementos de juicio previos a la terminación del contrato de trabajo que evidencien una condición de salud afectada para el desempeño de labores del demandante hay lugar a verificar la estabilidad laboral reforzada cuando con posterioridad se allega inclusive la pérdida de capacidad laboral.

- Manifestó, que el demandante no procedió a presentar la demanda ordinaria laboral señalada en la providencia de tutela, circunstancia que el único efecto que tenía era restar los efectos a las obligaciones, mantener el vínculo del demandante, lo cual no quiere decir que al interior de este proceso si se hubiese acreditado que el demandante tenía una condición de salud o que lo afectara, le brindara la protección a la estabilidad laboral reforzada conforme a lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no conllevará a ordenar su reintegro al puesto de trabajo.
- Que como no se acreditó la condición de salud en un grado moderado conforme a la jurisprudencia constitucional es que se emite sentencia absolutoria. Trajo a colación la sentencia SL-2841 del año 2020 de la Corte Suprema De Justicia En Sala De Casación Laboral y advirtió que en esta oportunidad lo que se debía corroborar era la ilegalidad del despido en contravención del artículo 26 de la ley 361 de 1997, al no evidenciarse el demandante cobijado de esta protección por no tener una pérdida de la capacidad laboral superior al 15%, no hay lugar a la misma, lo que no quiere decir que el empleador no haya tenido la obligación de mantener su puesto de trabajo durante el trámite de su rehabilitación y durante la expedición de sus recomendaciones laborales, lo cual solamente entro a cumplir una vez fue ordenado su reintegro por parte del juez constitucional, se mantuvo en adelante hasta que fue calificado e inclusive un año mas allá. Señaló que no se entra a corroborar la justificación del despido que pudiese evidenciarse como desacertada o injustificada, lo que se analiza es la ilegalidad del despido conforme se solicitó en la demanda con efectos a un reintegro, siendo estas las únicas pretensiones dispuestas en el libelo introductorio.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandante:

La apoderada del señor ANGEL WILLIAM SILVA RUBIO interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que la tesis planteada fue el despido injustificado del señor ÁNGEL WILLIAM SILVA RUBIO, por parte de la empresa LADRILLERA CASABLANCA, toda vez que tenía una pérdida de capacidad laboral del 14,60% y que el fallo de tutela si bien había ordenado que presentara demanda en el término de 4 meses y

no lo hizo, no es razón justificable para que la empresa hubiese terminado el contrato 3 años después de llevarse a cabo la providencia mencionada.

- Que el juez *a quo* no hizo un análisis de la prueba aportada a través del testimonio rendido por el señor JAIRO MORA IBARRA, quien manifestó que las recomendaciones laborales que eran enviadas por los médicos tratantes no eran acatadas por el empleador y que el actor era reubicado en un cargo en el cual desempeñaba labores que agravaban su condición de salud.
- Que no se analizó la prueba correspondiente a la Resolución 0299 del 27 de septiembre del 2.018 ratificada por el MINISTERIO DEL TRABAJO en el año 2.019 a través de resolución 0258 del 31 de julio de ese año, en la cual se pudo corroborar que la empresa demandada no hacía el trámite correspondiente a acatar las recomendaciones laborales de los trabajadores allí mencionados, entre los que se encuentra el demandante.
- Que se acreditó a través de la prueba allegada por el MINISTERIO DEL TRABAJO que la empresa no realizó la solicitud para el despido del actor, por lo tanto, este despido puede denominarse un despido injustificado.
- Que, el motivo real del despido del demandante fue su enfermedad y que hacía parte del sindicato de trabajadores, lo cual comenzó a volverse un problema para la empresa.
- Que no se tuvo presente lo correspondiente al reten social, que, si bien esta fue una figura dada en un principio para entidades del estado, puede ser aterrizada para el caso, toda vez que es aquella protección laboral que debe garantizarse a los padres y madres cabeza de familia, que en el fallo de tutela el juez ordeno el reintegro basándose en la condición de salud y de padre cabeza de familia del actor.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

- **PARTE DEMANDANTE:**

La apoderada judicial del señor ANGEL WILLIAM SILVA RUBIO solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, manifestando que se puede demostrar, que el juez de primera instancia no realizó una valoración adecuada de los argumentos facticos y jurídicos de la demanda y se mostró como un juez patronalista, que marcó su postura meramente garantista al empleador y dejó desprotegido al trabajador.

Que la empresa LADRILLERA CASA BLANCA debió solicitar al MINISTERIO DEL TRABAJO permiso para que este autorizara el despido de un trabajador en las condiciones que tenía el demandante al no existir causal objetiva de despido, y a su vez dicho Ministerio debía exigir al empleador una justa causa para terminar el contrato laboral y si no existía, era menester que probara que habían realizado diligentemente el proceso de rehabilitación integral, reubicación y adecuación del puesto de trabajo, demostrando la incompatibilidad de estos con la discapacidad del trabajador; que al no existir prueba de esto debe presumirse el despido discriminatorio y condenar al demandado al reintegro y pago de prestaciones dejadas de recibir y las indemnizaciones del caso. Que la Corte aclaró que la autorización del Ministerio de Trabajo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio.

Que el actor se vio obligado a trabajar en una labor de alto riesgo, a sufrir accidentes por la imprevisión del empleador, a la falta de capacitación y el nulo mantenimiento a las máquinas y herramientas por parte de la empresa.

Que estando al servicio de la empresa demandada la salud del actor se vio afectada y disminuida, toda vez que las recomendaciones dadas por su médico tratante y las

órdenes de reubicación no fueron acatadas por esta, como se demostró a través del testimonio rendido por el señor Jairo Mora.

- **PARTE DEMANDADA:**

El apoderado de la demandada LADRILLERA CASABLANCA S.A.S. solicitó que se confirme en su integridad la sentencia de primera instancia, manifestando que es un hecho cierto que el 19 de enero de 2.016 el actor no tenía ninguna otra calificación distinta a la emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander en el Dictamen 6261 de enero de 2.015, con la cual se cerró el caso de accidente de trabajo acaecido el 17 de diciembre de 2.012, ni tenía incapacidad médica.

Que la pérdida de capacidad laboral del demandante es de 14.60%, lo que no determina un grado de incapacidad o discapacidad que permita el amparo de la figura de la estabilidad laboral reforzada e indicó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 41485 del 18 de septiembre de 2.012 estableció con precisión en que casos opera el fuero de discapacidad. Que la estabilidad laboral reforzada se predica de la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1.997 y no aplica para el presente caso.

Que cuando se dicta un fallo de tutela de carácter transitorio la persona afectada tendrá 4 meses a partir del mismo para instaurar la acción procedente, sino lo hace cesaran los efectos de este, como ocurrió con el actor.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

6. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala, es el siguiente:

¿Si el demandante ANGEL WILLIAM SILVA RUBIO tiene derecho a ser reintegrado a su trabajo por la demandante LADRILLERA CASABLANCA S.A.S., al pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social dejados de percibir, hasta que este se produzca, así como, a la indemnización señalada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997?

7. CONSIDERACIONES

En este caso, el problema jurídico se enfoca en determinar si el demandante ANGEL WILLIAM SILVA RUBIO, tiene derecho a que la demandada LADRILLERA CASABLANCA S.A.S., lo reintegre sin solución de continuidad, le cancele las prestaciones laborales dejadas de percibir desde su desvinculación laboral, la indemnización consagrada en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por haber sido despedido sin autorización del Ministerio del Trabajo pese a su condición de discapacidad.

Las pretensiones fueron negadas en primera instancia por el juez *a quo*, al considerar que no se demostró la pérdida de capacidad laboral superior al 15%, pues si bien determino, que la misma era cercana al (14.6%), las demás pruebas no permitían evidenciar que el alcance de sus patologías era el fundamento para el despido, por el accidente ocurrido en el año 2.012 y si bien por tutela se mantuvo más de 3 años en el cargo, y fue reubicado durante su rehabilitación, no se probó que al momento del retiro, que el accidente laboral tuviera incidencia en su estado de salud.

Conclusión a la que se opone la parte actora en su apelación indicando que se dejaron de valorar pruebas sobre el alcance de la salud del trabajador, la falta de autorización del Ministerio para el despido, el desconocimientos de las órdenes de reubicación y el retén social.

Para resolver este asunto, es del caso advertir que se encuentran demostrados los siguientes hechos:

- Que el señor ANGEL SILVA suscribió contrato a término definido por 6 meses con la Sociedad LADRILLER CASABLANCA, el día 20 de enero de 2.012, para ejecutar labores de operario de cargue y descargue con salario a destajo; fue notificado inicialmente el 12 de diciembre de 2.012 de la no prórroga a partir del 19 de enero de 2.013, aunque luego se prorrogó dos meses dicho contrato siendo desvinculado el 19 de marzo de 2.013, pero fue reintegrado por orden de tutela proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cúcuta el día 09 de abril de 2.013, con efectos transitorios. Fecha desde la cual, siguió ejerciendo funciones.
- Que el 17 de septiembre de 2.012 sufrió un accidente laboral mientras ejercía funciones de operario, descrito así: “se encontraba dentro del horno cargándolo, el pasaba el material al otro compañero que le estaba acomodando de repente una tableta le cae encima golpeándole el hombro derecho”; derivando en diagnóstico inicial de CAMBIO DE TENOSINOVITIS DEL BICEPS, DEL SUPRAESPINO Y BURSITIS SUBACROMIO, SUBDELTOIDEA EN RELACIÓN A UN SÍNDROME DE PINZAMIENTO SUBACROMIAL; desde entonces se le expidieron incapacidades y órdenes de recomendación médica para efectuar sus funciones, siendo la más reciente en marzo de 2.014.
- Que, mediante Dictamen 6261 del 19 de enero de 2.015 emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER, fue calificado con 14.60% de P.C.L., por los diagnósticos SECUELAS DE OTROS TRAUMATISMOS ESPECIFICADOS DE MIEMBRO SUPERIOR, BURSITIS DEL HOMBRO y TENDINITIS DE BICEPS, estructurada en accidente laboral del 17 de septiembre de 2.012.
- Que, el 19 de enero de 2.016 fue notificado de la decisión de finalizar ese día el contrato laboral por terminación del plazo, advirtiéndole que transcurrieron más de 4 meses desde la orden de tutela sin interponer demanda laboral, por lo que entiende que la desvinculación del 13 de febrero de 2013 cobra vigencia y queda en firme la terminación desde la fecha de la misiva.

La parte demandante pretende principalmente el reintegro por haber sido despedido por presentar una discapacidad producto de una enfermedad laboral y no haberse solicitado por parte de la empleadora, el permiso para realizar dicho despido, con fundamento en el art. 26 de la Ley 361 de 1997; razón por la cual nos remitimos a ésta norma, la cual dispone “*ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo*”, y en el inciso segundo señala que si se despide a una persona sin el cumplimiento de este requisito, se debe reconocer “*una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar (...)*”.

La normatividad reseñada (Ley 361 de 1997, artículo 26), consagra el principio de la estabilidad laboral reforzada para las personas con limitación física, en virtud del cual estas no pueden ser despedidas por razones de su limitación, salvo que la terminación del contrato sea autorizada por el Ministerio del Trabajo; y a su vez integra la sanción a la que tiene derecho el trabajador, cuando el empleador haya obviado la aludida autorización.

Igualmente, el art. 5 de la mencionada ley, establece que “*Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud*”, y en que en “*Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley*”.

Sobre el correcto entendimiento del art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Radicado No. 32532 expedida el 15 de Julio de 2008 con Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, fijó como parámetro de decisión que esa ley ampara a “*las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5*” por lo que **“aquellos que su minusvalía está**

comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo” y adoptando como procedentes los parámetros contenidos en decretos reglamentarios de dicha ley, recuerda que “la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%.” Concluyendo que “la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, **todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada**”.

Se desprende de lo expuesto, que el trabajador que busque protección en virtud de la estabilidad laboral reforzada, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe aportar una prueba que lo califique como limitado físico, en los términos del artículo 5° arriba mencionado. En tanto, el fuero de estabilidad laboral, opera únicamente cuando el trabajador tiene una pérdida de capacidad laboral mayor al 15%, y que el empleador conozca tal situación y termine la relación laboral por esta causa, sin la respectiva autorización del Ministerio de la Protección Social.

De suerte que, para declarar la ineficacia del despido sufrido por el demandante, éste debe acreditar los siguientes presupuestos:

- Que la enfermedad produzca una pérdida de capacidad laboral superior al 15%.
- Que el empleador conozca del estado de discapacidad del trabajador.
- Que el despido se produzca por causa de la discapacidad, y se realice sin la previa autorización del Ministerio de Protección Social.

Procederá la Sala a evaluar si, como consideró el juez a quo, el actor no está revestido de la estabilidad laboral reforzada contemplada en la Ley 361 de 1997, aplicando los requisitos jurisprudenciales referidos previamente.

Frente a esta situación, esta Sala de Decisión había venido adoptando como postura la interpretación de la ley 361 de 1997 que la Sala de Casación Laboral expone en sentencias como la SL19506 del 22 de noviembre de 2017 (Rad. 54.309 y M.P. DOLLY CAGUASANGO), donde se arguye que se trata de *una garantía excepcional a la estabilidad* y que *no puede el juez extenderla de manera indebida para eventos no contemplados en la mencionada norma*, concluyendo así que **no existiendo la calificación de la pérdida de capacidad laboral para el momento del despido, ni tampoco el conocimiento del empleador de una situación de salud diferente a las incapacidades temporales, no era dable exigir la autorización del Ministerio del Trabajo exigida en la norma invocada por la parte demandante, previo a despedir a la trabajadora.**

No obstante, de otras decisiones como la Sentencia SL5451 de 2018, se desprende que los jueces deben evitar que se desborde por completo el espectro de protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para reclamar al empleador las cargas legales correspondientes, lo que exige que este conozca y tenga presente que para el momento del despido el trabajador mantenía unas condiciones de funcionalidad diversa en el grado mínimo de moderado y que ello exige el pleno conocimiento de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, dado que no todo quebrantamiento en la salud del trabajador da lugar al amparo de estabilidad laboral reforzada.

Conclusión que ha sido reiterada recientemente en providencia SL761 de 2019, donde la Corte concluye que “el Tribunal no incurrió en error jurídico al identificar los requisitos para acceder a la protección derivada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y concluir la improcedencia de aplicar el amparo contenido en esta norma al presente asunto, puesto que es un hecho no controvertido, que al término de la relación de trabajo el actor no contaba con una calificación del grado de discapacidad” y agrega que “la Corte no evidencia los errores jurídicos que acusa el recurrente, pues no es dable otorgar la garantía de estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 si al término de la relación laboral no existe calificación de la discapacidad o pérdida de capacidad laboral del trabajador”.

Sin embargo, más recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1083 del 5 de marzo de 2019 (Rad. 68.944 y M.P. SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO) establece, dentro de un caso donde la ex trabajadora no se encontraba calificada acerca de su pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración de la misma, que *“de manera pacífica se tiene adoctrinado por la Sala, que para que se active la estabilidad laboral reforzada es necesario que se cumplan tres presupuestos a saber: i) una pérdida de capacidad laboral superior al 15 %; ii) que el empleador conozca de la discapacidad y iii) que la relación laboral termine con ocasión de esta”*; sin embargo, agrega que *“se ha precisado por la Sala que para que opere la garantía de estabilidad laboral reforzada, no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5° de la Ley 361 de 1997, pues **lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador**, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad”*.

Concluyendo sobre este último punto la Sala de Casación Laboral que *“para ser sujeto de especial protección no es necesario que exista una calificación de la junta de invalidez, dado que existe libertad probatoria pues, de acuerdo con lo adoctrinado por esta Sala, ese documento no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el Juez del trabajo tiene libertad probatoria”*; conclusiones reiteradas posteriormente en providencia SL5181 de 2019, SL5056 de 2019 y otras.

De esta manera, efectivamente existe respaldo jurisprudencial sobre la tesis que la ausencia de un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral al momento de finalizar la relación laboral no conlleva necesariamente a desestimar las pretensiones de la parte actora, mientras el juzgador encuentre que existe suficiente sustento para concluir que al momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo existía una condición de discapacidad o pérdida de capacidad en un grado equivalente al exigido por la norma y el referente jurisprudencial; debidamente conocido por el empleador de manera tal, que le sea imputable objetivamente la necesidad de contar con permiso del Ministerio del Trabajo previo a la terminación unilateral del contrato de trabajo, pues de lo contrario, se presumirá a favor del trabajador que la terminación del vínculo laboral obedeció a un acto discriminatorio por su estado de salud, teniendo entonces el empleador la carga probatoria de derribar tal presunción.

Por lo anterior, la Sala en sus últimos pronunciamientos ha expuesto como postura que existe libertad probatoria para que la parte actora demuestre por cualquier otro medio diferente al dictamen de PCL los padecimientos y quebrantos de salud que padecía al momento de la finalización del contrato de trabajo pese a que para esa fecha no se encontrara finalizado el trámite de calificación, aunque sí resulta indispensable dicho dictamen emitido inclusive con posterioridad a la terminación de la relación laboral para poder determinar si la limitación física, psíquica o sensorial es igual o superior al 15% de PCL y la fecha de estructuración, siempre que se encuentre demostrado el conocimiento del empleador de la situación de salud del trabajador.

Pues bien, aplicando este argumento al caso concreto, se tiene, que existió una terminación unilateral por parte del empleador en el mes de marzo de 2013, cuyos efectos fueron invalidados por orden de tutela que dispuso el reintegro transitorio del trabajador y a partir de allí, la relación laboral se reanuda sin solución de continuidad hasta que el 19 de enero de 2016 se le comunica al trabajador que por no haber interpuesto la demanda oportunamente, entiende surtida con efectos la notificación de terminación anterior y finaliza el vínculo. Evidenciando que para la primera terminación, el actor venía de sufrir un accidente de trabajo en septiembre de 2012 por el que estaba en tratamiento y para ese momento no estaba en proceso de calificación; mientras para el segundo despido, ya había finalizado su rehabilitación y surtido el trámite ante la Junta, quien estimó su pérdida de capacidad laboral en 14.60%, derivado del accidente de trabajo.

De lo anterior se desprende, que inicialmente el actor si demuestra que padece una disminución de su capacidad física derivada de su actividad laboral y conocida por

el empleador, pero en un grado inferior al exigido por la norma y la jurisprudencia en cita para acceder a ser beneficiario de la cobertura de la Ley 361 de 1.997.

Considera la Sala necesario señalar, que se reconoce la existencia una tesis sustentada en el modelo biopsicosocial aplicada por la Corte Constitucional, en donde el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada no depende de la acreditación de una situación de pérdida de capacidad laboral o de un porcentaje de calificación de PCL específico, sino a una afectación en la salud del trabajador que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares (sentencia SU-049 de 2017). Sin embargo, estima también esta Sala de decisión que la tesis planteada por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, esto es Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, brinda mayor seguridad jurídica en la medida que ha centrado la procedencia de la protección reforzada al dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, constituyendo un criterio objetivo para identificar la discapacidad.

Este criterio objetivo, largamente expuesto en esta providencia, busca evitar que se desborde el parámetro normativo de protección a situaciones para las cuáles no fue concebido por el legislador ya que este diseñó la garantía del artículo 26 de la Ley 361 para las personas con minusvalías en grado moderado o superior; lo que exige demostrar con suficientes elementos de convicción, que para el momento de la finalización del vínculo había una limitación que equivaliera al 15% de pérdida de la capacidad laboral.

En esa medida, como resaltara el juez a quo, teniendo en cuenta la pérdida de capacidad laboral del demandante, este no tiene el porcentaje mínimo requerido para estar protegido por estabilidad laboral reforzada de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Lo anterior, reiterado recientemente por la Sala de Casación Laboral en providencia SL4632 de octubre de 2021, donde reitera que *“entorno a la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, la jurisprudencia de la Sala ha indicado, que se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral, cuya acreditación puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre **las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual**”*

Ahora bien, el apelante reclama que no se valoró íntegramente el material probatorio que se aportó para acreditar las secuelas en la salud del actor y el incumplimiento del empleador en su reubicación con medidas; por lo que en aras de verificar si el restante material probatorio permite ubicar la discapacidad del actor en un rango superior al calificado por la Junta, en este caso justificado en la cercanía porcentual al valor legal estimado, procede la Sala a verificar las demás pruebas aportadas, resaltando que debe quedar probado el estado de salud del trabajador al momento de la terminación.

Respecto de los documentos clínicos aportados, se advierte que entre folios 49 a 58, 60 a 61 y 66 a 70, se corresponden con valoraciones, exámenes, consultas y órdenes de octubre de 2.011, julio, junio, septiembre y diciembre de 2.012, abril, mayo y septiembre de 2.013 y octubre de 2..014; es decir, de períodos anteriores al accidente de trabajo, colindantes y de la época de recuperación; por los cuales no es posible derivar conclusiones que permitan conocer específicamente su impacto en el estado de salud al momento del despido.

Específicamente sobre período solo obran dos reportes médicos: a folio 62, informe ecográfico de octubre 23 de 2015 donde se informa al actor que su tendón supraespinoso derecho es normal, estructura muscular normal y contorno óseo normal, solo destacando líquido en la bursa subacromial que da lugar a bursitis en hombro derecho; por lo que en cita médica del 30 de octubre se expide una incapacidad. Al respecto, observa la Sala que dicha bursitis ya había sido diagnosticada y calificada en el dictamen de enero de 2..015, por lo que no puede

servir para incrementar o agravar su condición, pues allí se evidencia que era objeto de tratamiento constante.

De otra parte a folio 59 se aportó una consulta de valoración médica del 30 de enero de 2.016, que es 10 días después a la terminación del contrato; allí se indica que se valoró una resonancia de columna donde se evidencia aspecto normal en sus cuerpos vertebrales lumbares, espacios intervertebrales normales, arcos sin alteraciones y aunque describe una incipiente espondilosis lumbar, sus límites están en lo normal. Por lo que no advierte la Sala que exista un diagnóstico que agrave la condición del trabajador y se sume a los ya calificados.

Igualmente, entre los folios 29 a 48, se observan recomendaciones expedidas por médico laboral de fechas: abril, mayo, septiembre y octubre de 2.013, enero, febrero y marzo de 2.014; no demostrando el trabajador que a partir de abril de 2.014 hasta enero de 2.016 existieran recomendaciones vigentes para que el empleador cumpliera respecto de adecuar sus funciones ocupacionales a su situación médica. Destacando que si bien se aportó la Resolución No. 299 de septiembre de 2.018 donde el Ministerio del Trabajo sanciona a LADRILLERA CASABLANCA por incumplir obligaciones de seguimiento a la reubicación de trabajadores afectados por problemas de salud, esta fue impugnada conforme demostró la demandada y por ende no se encuentra en firme, ni se demostró posteriormente como hecho sobreviniente su confirmación.

De otra parte, se recibió el testimonio del señor JAIRO MORA IBARRA, quien manifestó conocer al señor ANGEL WILLIAM SILVA RUBIO del trabajo porque él también es del municipio de El Zulia, que en trabajo conversaban y se veían todos los días porque era su Supervisor. Expresó que laboró en la LADRILLERA CASABLANCA S.A. por 27 años, desde 1.992 hasta el 28 de julio de 2.020. Señaló que el demandante ANGEL WILLIAM SILVA RUBIO entró a trabajar en el año 2.012 y laboraba como obrero de cargue de hornos, tenía que clasificar los productos antes de echarlos al horno. Que sabe que la empresa fue multada por no reubicar al actor porque en el 2.018 se notificó a la empresa debido a la persecución que le hicieron al demandante y a otros trabajadores, a quienes estando enfermos los echaron sin pedir autorización al Ministerio del Trabajo. Que la demandada sabiendo que el actor estaba enfermo de la bursitis, de la rodilla y del tobillo, y que le dieron un 14,70 %, no tuvo esto en cuenta y lo saco por sacarlo porque para la empresa no existen enfermos. Respecto a las patologías que adquirió el demandante indicó que en el 2.012 fue lo de la bursitis, en el 2.014 lo de la rodilla y en el 2.013 lo del tobillo. También indicó que al momento del despido el actor se sentía enfermo respecto a la persecución de la empresa que conocía de sus enfermedades. También informó que en el 2.018 el Ministerio de Trabajo lo llamó para que recibiera la notificación de que la empresa había sido multada con \$23.000.000 por violar los derechos de los señores WILLIAM SILVA, NELSON ACEVEDO y PABLO EMILIO SOLER, quienes fueron sacados estando enfermos. Manifestó que no sabe cuando fue calificada la pérdida de capacidad laboral del demandante. Que al actor se le terminó por primera vez el contrato en octubre o septiembre del 2.012 y por segunda vez el 19 de enero de 2.016. Expreso que el actor se accidentó en el 2.012 y de allí vinieron las patologías, que a raíz de la persecución laboral de la empresa por sus enfermedades, lo vincularon en octubre de 2.015 al sindicato y de ahí vino una persecución junto a otros empleados, y que le terminaron su contrato injustamente. Expresó que no sabe si cursa una demanda contenciosa contra el Ministerio promovida por la demandada porque no siguió trabajando en la empresa después del 28 de junio.

De este testimonio, no encuentra la Sala manifestaciones expresas y concretas que permitan variar la conclusión sobre el estado de salud del actor; pues destaca como señalan los documentos clínicos que estuvo en rehabilitación entre 2.012 y 2.014, que fue calificado, reintegrado por tutela y reubicado por lo que el empleador conocía sus enfermedades, solo añadiendo que existía una persecución sindical, pero dicho asunto no fue objeto de litis y ninguna pretensión gira en torno a ese hecho.

Deriva de lo anterior, que las pruebas adicionales al dictamen de pérdida de capacidad laboral no permiten desestimar que el actor no acreditó los supuestos legales para acceder a la protección de la Ley 361 de 1997; inclusive, es posible advertir que el examen médico más cercano a la terminación, describe normalidad en otras extremidades de su cuerpo y solo se reitera que su padecimiento es en el

hombro derecho, cuya calificación derivó en insuficiente acorde a la calificación médica profesional.

Es del caso resaltar, que no fueron parte de las pretensiones de la demanda situaciones mencionadas por la apoderada del actor en su recurso, como la indemnización por despido injusto del artículo 64 del C.S.T. o el reintegro por retén social por la calidad de padre cabeza de familiar; por lo que, en virtud del principio de congruencia, es imposible abordar dichos asuntos mientras que otras pretensiones como la indemnización plena de perjuicios negada por el *a quo*, no fueron apeladas.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a la demandada de las pretensiones dirigidas a reclamar reintegro, pago de las prestaciones laborales dejadas de percibir e indemnización señalada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 9 de agosto de 2.021 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia al demandante. Fijense en favor de la demandada agencias en derecho por la suma de \$350.000.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

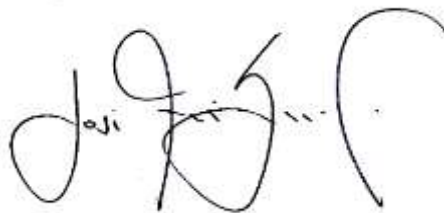


NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



ELVER NARANJO

Magistrado



JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por
ESTADO No. 044, fijado hoy en la Secretaria de
este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de
mayo de 2022.



Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

Veintinueve (29) de abril de Dos Mil Veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2019-00125-00
RADICADO INTERNO:	19.487
DEMANDANTE:	LEONOR CELINA VILLAMIZAR SAYAGO Y OTROS
DEMANDADO:	CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LEONOR VILLAMIZAR SAYAGO, MANUEL GUILLERMO RAMÍREZ MANTILLA, LUIS EDUARDO BAQUERO PEÑARANDA, EDUARDO MENDOZA NÚÑEZ, JUAN MANUEL TORRES BOADA y LUIS FERNANDO PALENCIA MANOSALVA contra CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2019-00125-00, y Radicación interna No. 19.487 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 13 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

Los seis demandantes citados anteriormente, mediante apoderado judicial, presentaron demanda ordinaria laboral contra CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P. para que se le condene a cancelar los aportes de salud consistentes en un 12% del valor total de la mesada pensional, a reliquidar la pensión de los actores desde el momento en que se viene descontando ese 12% a la fecha con la inclusión de este factor porcentual incluido en la pensión y ordenar el reintegro de los aportes descontados desde que se verifique el inicio de este descuento, debidamente indexado y con los intereses moratorios causados a la fecha.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que, los actores son pensionados de La Empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER, por haber cumplido los requisitos convencionales descritos en el artículo 64 de la C.C.T. o conforme a planes anticipados de pensión, por lo cual se emitió resolución motivada reconociendo esa condición.

- Que, desde el año de 1980 se negoció por parte del sindicato unos puntos de aumento salarial y a cambio la empresa se comprometió a asumir la totalidad de los aportes en salud, como quedó consignado en las actas de conciliación y posteriormente en la convención colectiva.
- Que, las resoluciones o actos administrativos donde se reconoció la pensión quedo consignado que CENS seguiría cubriendo los aportes respectivos del 12% haciendo extensivo este derecho convencional al personal jubilado por medio de ese acto administrativo, constituyéndose en un derecho adquirido que bajo ninguna circunstancia se puede desconocer de forma unilateral y así se ha reconocido jurisprudencialmente, por lo que deben reembolsarse los descuentos efectuados.

La demandada CENS S.A. E.S.P. contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones por estimar que al haberse reconocido la pensión de vejez cesó su obligación de pagar los aportes a salud y este rubro pasó a ser descontado por COLPENSIONES, expresó que la empresa reconoció la pensión convencional pero nunca se comprometió convencionalmente ni por otro acto a reconocer el pago de aportes al sistema de salud en su condición de pensionados del ISS dado que este es un beneficio exclusivo de los trabajadores activos y no de los pensionados o sus subrogados una vez ingresan al sistema general de pensiones, por lo que configurada la pensión de vejez cesó su obligación e inclusive así como quedó consignado en la resolución que reconoció la pensión de jubilación; situación que ha sido avalada jurisprudencialmente. Propone como excepciones de mérito la INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE y PRESCRIPCIÓN.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 13 de agosto de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada las excepciones de mérito solicitadas por Centrales Eléctricas de Norte de Santander S.A. E.S.P., que denomino inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. En consecuencia, absolver a esta entidad de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS, a los demandantes

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Que el objeto del litigio se circunscribe en establecer si la demandada CENS S.A. E.S.P. debe continuar asumiendo el descuento del 12% por concepto de cotización para salud a los pensionados demandantes desde que comenzaron a recibir la pensión de vejez y por lo tanto si procede el pago del retroactivo descontado con intereses o indexación.

- Comienza señalando que la naturaleza del reclamo deviene de la figura de compartibilidad pensional, donde dos entidades: empleador y

administradora de pensiones, cubren al trabajador la mesada pensional en proporciones una vez el trabajador pensionado cumple los requisitos del sistema, entrando el empleador solo a cubrir el mayor valor de diferencia cuando se subroga la mesada principal a cargo de la Administradora; figura vigente desde acuerdo 224 de 1966 y subsiguientes.

- Explica, que en el caso concreto se evidencia que los demandantes accedieron a su pensión de jubilación a cargo del empleador por 3 modos: artículo 63 de la Convención Colectiva por acreditar 75 puntos entre tiempo de servicio y edad, parágrafo 3° del mismo artículo de manera anticipada por sus condiciones de salud o supresión del cargo y un plan voluntario de jubilación extralegal con requisitos particulares al año 2003; advirtiendo que en dichas decisiones no se aclara cual convención estuvo vigente ni se aportó el citado plan de retiro para apreciar las condiciones pactadas de jubilación.

- Detalló uno a uno el acto de jubilación de cada demandante, donde consta que estos se deben afiliar a una E.P.S. para efectos de sistema general de salud y que esos aportes serían cubiertos por CENS S.A. E.S.P., así como que se comenzaría el régimen de compartibilidad una vez acreditados los requisitos de la pensión de vejez; de manera que es posible concluir que la demandada informó a estos que sus obligaciones derivadas de la pensión de jubilación cesarían con la compartibilidad excepto en el pago del mayor valor. Indicando que es acorde al artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 donde se advierte que operada la subrogación el empleador solo quedará obligado a cubrir el mayor valor de diferencia resultante.

- Explicó entonces que CENS no se comprometió a asumir el valor del aporte de salud en cuanto la pensión de vejez le fue reconocida y dejó de estar plenamente a su cargo, pues pasó a ser compartida y solo debe asumir el mayor valor por la diferencia resultante de la pensión sin que este incluya descuentos en salud o conceptos adicionales, pues no está contemplado así por el legislador y tampoco se puede extender un reconocimiento unilateral a pensionados convencionales a legales.

- Resalta que no son de recibo los argumentos del demandante, sobre que se trata de un derecho adquirido surgido desde la convención de 1980 y acuerdos de esa fecha, pues no fue consagrado de esta manera para los reclamantes en ninguna fuente de derecho y este descuento reclamado no constituye un acto propio que deba mantenerse por confianza legítima, pues lo que pretende es extenderse más allá de la fuente de derecho que lo consagró para otra condición. Agregando que en sentencia de radicado 29.324 de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, analizó un caso similar contra la misma demandada y allí advirtió que el descuento en salud solo se consagró hasta que surgiera la pensión de vejez.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando lo siguiente:

- Que solicita se revoque la totalidad de la sentencia y que se ordene el pago de todas las pretensiones reclamadas en la demanda, incluyendo los intereses y la indexación; argumentando para ello que esta clase de peticiones han tenido variabilidad en el precedente, con algunas sentencias favorables y otras en contra en el mismo distrito judicial, pero que no pueden ocultar la existencia del derecho reclamado pues debería equipararse a la conclusión de la continuidad de la mesada catorce a cargo de la empresa dado que si bien no se pactó la perpetuidad, tampoco se excluyó.

- Que no debe diferenciarse la vinculatoriedad temporal de las obligaciones de la empleadora que quedaron consignadas en los documentos que ordenan la pensión a los demandantes, donde se asume la cotización sin ninguna restricción y se aplica entonces una lectura contraria al principio de favorabilidad; no siendo admisible que se confunda lo reclamado con el monto de la mesada pensional a compartir, sino que es un beneficio que otorga el empleador y no contenía condición alguna, por lo que no es dable concluir que cuando opera la compartibilidad cesa esa obligación.

- Que se reconoce por parte de CENS S.A. que siguió cancelando el aporte a salud a los pensionados extralegales hasta antes de la compartibilidad, inventándose (sic) esta lectura restrictiva posteriormente y ahora pretendiendo aplicarla a otros derechos; sin que exista una norma o lectura que avale la decisión de dejar de cubrir esos aportes porque opera la compartibilidad como ha venido resolviendo el Tribunal, desconociendo beneficios convencionales distintos a la mesada pensional.

- Que el derecho surge del acto que ordena la pensión donde no existe límite o restricción alguna, por lo que sí ingresó al patrimonio del pensionado y luego le es “rapado” (sic) sin justificación válida por la empresa demandada, cumpliendo el precepto de ser derecho adquirido, al punto que se sigue reconociendo en la sustitución pensional. Como se explica en SL1405 de 2015, donde se advierte que los actos unilaterales del empleador no pueden ser desconocidos a su antojo y SL8155 de 2016, que advierte la forma de ejecutar la buena fe para preservar los actos y obligaciones propias. Debiendo justificarse porque se apartan de todas estas decisiones citadas que constituyen doctrina probable.

- Que la Corte ha explicado de vieja data que la compartibilidad pensional no implica crear una nueva pensión, sino apoyar al empleador que ha cotizado para que no mantenga esa carga pensional y lo que hace es sustituir parte de la misma; por lo que es un error afirmar que se crea un nuevo derecho y por ende la pensión es una sola, surge en una fuente única y debe corregirse el argumento de que este punto determina la pérdida de un derecho adquirido.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

•PARTE DEMANDANTE:

El apoderado de los actores manifiesta que hay claridad sobre el derecho convencional reconocido a los trabajadores activos de CENS S.A. E.S.P., y por el cual a esa empresa le corresponde asumir el aporte al sistema general de salud en su totalidad, no siendo dable seguir desconociendo los efectos extensibles de estos a sus pensionados a través del acto administrativo por el que adquieren esta calidad y del cual se desprende un derecho adquirido, pues su contenido adquiere fuerza de ejecutoria y firmeza. Explica que conforme a la naturaleza jurídica de la demandada, los actos por los que pensionó a los actores son actos administrativos y en ellos reconoce la pensión de jubilación vitalicia, con la obligación de aportarle a salud y este quedó en firme al no interponerse recurso alguno, por lo que su contenido no puede desconocerse con posterioridad. Agrega que la Sala debe cambiar su postura pues la Sala de Casación Laboral en providencia SL8155 de 2016 reiteró que de las actas extraconvencionales donde se reconocen derechos se desprenden obligaciones y garantías para los trabajadores equivalentes a las convencionales, sin que sea necesario el depósito en el Ministerio del Trabajo.

Solicita entonces que se revoque lo resuelto en primera instancia y se acceda a las pretensiones, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los actos expedidos por la demandada como empresa con una composición accionaria de carácter público y obligada a mantener los derechos adquiridos a sus trabajadores en sus decisiones en firme.

• PARTE DEMANDADA:

El apoderado de la empresa demandada manifestó que desde el reconocimiento de la pensión de jubilación a los actores se comprometió a cancelar el valor del aporte a salud, pero nunca se comprometió convencionalmente ni por medio de otro acto vinculante a reconocer el pago de los aportes al Sistema General de Salud en su condición de pensionados de COLPENSIONES, por lo que el compromiso a su cargo se mantuvo hasta que obtuvieron su pensión de vejez cuando legalmente les corresponde esa carga, quedando a cargo de CENS únicamente el mayor valor entre la pensión de jubilación y la de vejez. Destaca que en las decisiones empresariales que reconocieron las pensiones, quedó claro que la compartibilidad iba a aplicarse conforme a la ley, donde se contempla que es el pensionado quien debe asumir su porcentaje legal de aportes a salud y así se ha reconocido en decisiones judiciales previas de este distrito judicial destacando que existen de 2001, 2004, 2017, 2019 y 2021, donde se discutió el mismo problema jurídico y esta discusión quedó resuelta en providencia de rad. 29.324 del 19 de septiembre de 2007 de la Corte Suprema de Justicia.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala es el siguiente:

¿Si existe o no la obligación de Centrales Eléctricas de Norte de Santander S.A. E.S.P., de seguir pagando el aporte del 12% en salud a los actores, luego de que adquirieran la calidad de pensionados por vejez de Colpensiones?

7. CONSIDERACIONES:

Se propone como problema jurídico desde las pretensiones de la demanda, establecer si la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P. está en la obligación de seguir asumiendo el 12% correspondiente de aporte de salud de los demandantes, en su calidad de pensionados extralegales, una vez se suscita la compartibilidad con el reconocimiento de su pensión de vejez por tratarse de un derecho adquirido.

Al respecto, el juez a *quo* resolvió absolver a la demandada de las pretensiones por estimar que desde una lectura sistemática de las normas aplicables a la compartibilidad y los actos de reconocimiento pensionales, no existía ninguna obligación a mantener el pago del descuento a salud de los demandantes desde que operó la compartibilidad pensional. Conclusión a la que se opone el apoderado de los demandantes por estimar que el acto de reconocimiento de la pensión convencional no impone restricción o condición al derecho pretendido, siendo cualquier lectura limitante contraria a los

principios laborales y al derecho adquirido que venían percibiendo los actores.

Para resolver el presente asunto, se procederá a identificar en primer lugar la fuente del derecho reclamado por cada uno de los demandantes:

1. La señora LEONOR CELINA VILLAMIZAR SAYAGO mediante Decisión empresarial No. 008 del 19 de enero de 2006 le fue reconocida por CENS S.A. E.S.P. pensión de jubilación conforme el parágrafo tercero del artículo 63 de la C.C.T. por antecedentes médicos que impiden seguir desempeñando el cargo y COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez mediante resolución SUB34667 del 18 de abril de 2017 a partir del 1 de abril de 2017.
2. El señor MANUEL GUILLERMO RAMÍREZ MANTILLA mediante Decisión empresarial No. 017 del 14 de abril de 2004 le fue reconocida por CENS S.A. E.S.P. pensión de jubilación conforme al artículo 63 de la C.C.T. por reunir los 75 puntos entre edad y tiempo de servicios y COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez mediante resolución SUB300168 del 19 de noviembre de 2018 a partir del 28 de septiembre de 2015.
3. El señor LUIS EDUARDO BAQUERO PEÑARANDA, mediante Decisión empresarial No. 078 del 14 de diciembre de 2005 le fue reconocida por CENS S.A. E.S.P. pensión de jubilación conforme el parágrafo tercero del artículo 63 de la C.C.T. por supresión del cargo y COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez mediante resolución GNR66294 del 7 de marzo de 2015 a partir del 1 de julio de 2013.
4. El señor EDUARDO MENDOZA NÚÑEZ, mediante Decisión empresarial No. 024 del 6 de mayo de 2004 le fue reconocida por CENS S.A. E.S.P. pensión de jubilación anticipada y COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez mediante resolución SUB191457 del 18 de julio de 2018 a partir del 3 de enero de 2018.
5. El señor JUAN MANUEL TORRES BOADA, mediante decisión empresarial No. 134 del 9 de octubre de 2009 le fue reconocida por CENS S.A. E.S.P. pensión de jubilación conforme al artículo 63 de la C.C.T. por reunir los 75 puntos entre edad y tiempo de servicios y COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez mediante resolución SUB102978 del 17 de abril de 2018 a partir del 11 de junio de 2017.
6. El señor LUIS FERNANDO PALENCIA MANOSALVA, mediante Decisión empresarial No. 090 del 12 de diciembre de 2003 le fue reconocida por CENS S.A. E.S.P. pensión de jubilación por plan de retiro anticipado (Fol. 61-63) y COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez mediante resolución SUB226936 del 27 de agosto de 2018 a partir del 13 de mayo de 2018.

Significa lo anterior, que no será objeto de controversia en segunda instancia por virtud del principio de consonancia contenido en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., lo correspondiente a: la calidad de pensionados de los demandantes; que en el momento en que La Empresa CENS le reconoció la respectiva prestación, también se obligó a pagar los aportes en salud del 12%; y que en efecto, en el momento en que a los demandantes les fue reconocida la pensión de vejez por parte del RPM, la Empresa CENS S.A E.S.P en virtud de la compartibilidad, que existía entre estas prestaciones con las pensiones de jubilación según lo establecido en el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985 y la convención colectiva de trabajo, únicamente procedió a cubrir el mayor

valor existente entre cada una de éstas prestaciones y dejó de asumir el pago de los aportes de salud de los actores, alegando que cesaba dicha obligación.

Aclarado lo anterior, se procede a determinar si existe o no la obligación de Centrales Eléctricas de Norte de Santander S. A E.S.P de seguir pagando el aporte del 12% en salud a los actores, luego de que adquirieran la calidad de pensionados por vejez de Colpensiones.

El derecho reclamado tiene su origen en el Acta de Arreglo Directo 1.980 No. 09 vista a folio 258 del cuaderno principal, cuyo artículo 52, parágrafo 4°, dice: *“A partir de la vigencia de la presente Convención, la empresa asume el pago de la cuota parte que le corresponde pagar al **trabajador** por su afiliación al Instituto de los Seguros Sociales (I.S.S) quedando claro que esta concesión se aplicará solamente al aspecto económico, pues seguirá siendo plena responsabilidad del I.S.S. la prestación de todos los servicios y prestaciones a que por ley le correspondan a ese Instituto, única entidad que reconoce la empresa en esta materia”*; redacción que afirma la parte demandante ha venido siendo reiterada en las convenciones sucesivas, y que acepta la empresa demandada con la claridad de que según el propio texto se refiere siempre a “trabajadores” y no a pensionados o sustitutos pensionales.

Teniendo entonces, que el pago de marras, tuvo su génesis en el pacto convencional y por ende beneficiaba conforme a su tenor literal exclusivamente a los trabajadores de CENS, se advierte que cuando los demandantes obtuvieron su pensión de jubilación se hizo extensivo en su calidad de jubilados por un acto de mera liberalidad del empleador, como efectivamente se esgrime en el libelo genitor y se acepta en la contestación del mismo.

Así puede leerse en el contenido de las diferentes resoluciones o decisiones empresariales, en cuyos artículos se refiere: *“**el beneficiario de la pensión** será afiliado a una empresa promotora de salud como pensionado, para la prestación de los servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, hospitalarios, etc., cubriendo CENS S.A. E.S.P., los aportes respectivos.”*.

Pretende el demandante que se de lectura a estos reconocimientos de manera ilimitada y sin condición alguna, constituyéndose en un derecho adquirido, que no puede ser revocado con la configuración de la compartibilidad pensional de manera unilateral por el empleador.

Téngase presente, que la denominada pensión de jubilación, es aquella de origen convencional o legal que es reconocida y cancelada por el empleador, luego de que los trabajadores cumplan los requisitos establecidos en la convención o pacto colectivo o conforme a los artículos 193 y 259 CST. Ahora bien, este reconocimiento no es vitalicio sino que está sujeto al acceso del trabajador jubilado a la pensión de vejez a cargo del sistema general de seguridad social mediante una subrogación de la obligación del trabajador hacia la administradora de pensiones, lo que se consagró desde la expedición del Acuerdo 224 de 1966, que dispuso la compartibilidad de las pensiones de jubilación legales reconocidas por los empleadores y la pensión de vejez a cargo del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, y que a través del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de ese mismo año, fue extendido a las pensiones de origen convencional y extralegal.

Esto implica que, la obligación de pagar las obligaciones adquiridas en el reconocimiento pensional de origen convencional, estuvo sometida a una condición resolutoria, consistente en la extinción de la misma una vez, dejaran de ser pensionados de la empresa, circunstancia que se verifica cuando Colpensiones les reconoce la pensión de vejez de carácter compartida a cada uno de ellos. Invistiéndose esta última entidad de la misma manera

en pagadora y por ende cesando paralelamente en CENS tal distinción, conforme los Artículos 1530 y 1531 del Código Civil, aplicables en materia laboral y de seguridad social por mandato del artículo 19 C.S.T.

De esta manera, encuentra la Sala que es acertada la conclusión del juez *a quo*, al señalar, que cuando CENS S.A. estipuló en las denominadas resoluciones donde reconoció el derecho pensional de jubilación, que una vez el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, asumiera el pago de la pensión de vejez, sería compartida de acuerdo con la ley, dable es colegir que las obligaciones como pagador de la pensión, incluyendo la obligación accesoria de asumir el pago total de los aportes a salud de los pensionados, cesó o finalizó en el momento en que cada uno de los actores alcanzó la calidad de pensionados por vejez de la administradora del régimen de prima media, debiéndose en adelante asumir el costo de las cotizaciones en salud por parte de los pensionados, como lo dispone el artículo 204 de la Ley 100 de 1994, adicionado por la Ley 1250 de 2008, artículo 1°, esto es, 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Diferente interpretación no puede darse al contenido en este apartado de las resoluciones respectivas, ya que, el derecho al pago varias veces aludido, se obtuvo fue para los trabajadores activos de la pasiva ante la cesión de estos de unos puntos de su aumento salarial, valga decir, que mientras fueran trabajadores de la entidad serían acreedores de ello, no cobijando tal a quienes perdieran dicha calidad, y, se hizo extensivo por mera liberalidad de la entidad demandada solo para aquellos que fueran sus jubilados no para quienes no estuvieran en dicha situación, como sucedió cuando los demandantes, se repite, dejaron de ser jubilados de CENS para adquirir el estatus de pensionados por vejez de manera compartida de Colpensiones.

Frente al debate de la calidad de la empresa demandada y la vinculatoriedad de sus disposiciones, se debe aclarar que se trata de una particularidad que nada aporta para resolver el litigio, porque como se explicó el texto de los actos que reconocieron la pensión convencional señalaron expresamente que a partir de la configuración de la compartibilidad, la pensión de los extrabajadores se sujetaría a la aplicación de los parámetros legales del sistema general de pensiones; lo que incluye su deber de aportar en salud conforme el artículo 204 de la Ley 100 de 1994. Por lo que la interpretación del apelante para que se entienda abierta e indefinida la cláusula que asumió por mera liberalidad el aporte, implicaría desconocer que existe otra cláusula con la condición resolutoria.

Como refiere el *a quo* y la demandada, a la misma decisión se arribó en la la sentencia del 19 de septiembre de 2007, Radicado 29324, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin dejar abierta la puerta a cualquier interpretación como adujo el A Quo, pues expresamente alude: *“Ahora bien, la percepción o alcance que le dio el ad quem a los artículos 4 y 5 de las sendas resoluciones de jubilación de los accionantes, no configuran ningún error de hecho manifiesto, evidente y transcendente, respecto de la decisión asumida, ya que, de su texto, en efecto, puede derivarse el entendimiento que se le dio: como los demandantes se jubilaron antes de cumplir los requisitos de la pensión de vejez otorgada por el ISS, en el lapso a transcurrir desde el inicio del goce de la pensión de jubilación hasta obtener la de vejez, la empresa los afiliaba al ISS para efectos de la inclusión en el sistema de seguridad social en salud, con asunción unilateral del valor de dichos aportes, y una vez obtenida la de vejez, se compartiría la pensión de jubilación en los términos de ley, lo cual se cumplió, sin afectar este con descuento alguno por el aporte a salud, y sin que se pueda deducir, con la facilidad que ameritaría un error de hecho, **que del texto de las resoluciones se desprenda que el valor de la cotización por salud correspondiente a la pensión de vejez sería asumida también por la demandada. Tal***

entendimiento no se desprende ni del texto de las resoluciones de jubilación ni, mucho menos, del texto convencional esgrimido, el cual, como lo percibió el Tribunal, no es aplicable a pensionados sino a trabajadores”

Frente a la manifestación del apelante de que esta providencia no constituye precedente obligatorio por no constituir doctrina legal probable y que solo responde a un argumento del casacionista de la época; debe señalarse que el Juez es autónomo e independiente en la conformación de su decisión, siendo dable acudir a la jurisprudencia como criterio auxiliar en virtud del artículo 230 de la Constitución; pero tratándose de un precedente judicial, es imperioso hacer un pronunciamiento al respecto.

Así lo explica la Corte Constitucional en proveído SU-354 de 2017 al señalar que se ha definido el precedente judicial como *“la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”*; de manera que, ante una decisión que resuelve un caso de idéntica situación fáctica y de causa, no existe otra opción que tenerlo en cuenta al momento de decidir una nueva demanda y garantizar que su aplicabilidad se surta con el principio de igualdad, sin perjuicio de que en algunas ocasiones con la carga argumentativa de transparencia y suficiencia se pueda generar un apartamiento del precedente.

Sobre la doctrina legal probable, la providencia C-537 de 2010 explica que se trata de *“una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto”* y que genera la *“obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades”*; de manera que, solo cuando existe la configuración de una doctrina legal probable se suscita un deber de vinculatoriedad del funcionario judicial y en ausencia de ella, el juez puede derivar su interpretación judicial libremente.

En este caso, sin perjuicio de decisiones del circuito judicial previamente en el sentido contrario, la actual conformación de esta Sala de Decisión estima que el derecho al pago total del aporte a salud por parte de CENS en favor de los actores, no llega a la dimensión de un derecho adquirido, en la medida, en que, solo se mantuvo mientras aquellos fuesen sus jubilados y mantener esto luego de la subrogación a COLPENSIONES, es producto de una lectura errada y no de la intelección natural de las normas convencionales; pues ningún acuerdo generó a la demandada esta obligación para sus pensionados, y si bien por mera liberalidad se extendió, nada implica que deba forzosamente extenderse a una situación nueva y distinta como es la subrogación por compartibilidad.

Finalmente, para replicar los argumentos del apelante dirigidos a reclamar un derecho adquirido y una interpretación restrictiva por parte de esta Sala, es procedente citar la misma Sentencia SL1405 de 2015 que se indica en la apelación y que señala sobre los reconocimientos por mera liberalidad del empleador sin fuente legal o extralegal:

“(…) hay que tener en cuenta que este pago además de no ser de consagración legal, tampoco tiene origen en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, convención o pacto colectivo de trabajo, razón por la cual puede afirmar que se reconocía por mera liberalidad de la empleadora.

Así lo expuso esta Sala de la Corte en sentencia CSJ SL, del 8 may. 2014, rad. 42970 en los siguientes términos: Además de ello, en lo que concierne

*a la senda jurídica por la que se encamina el cargo, lo cierto es que, a tono con lo concluido por el Tribunal, esta Sala de la Corte ha sostenido que **las prestaciones extralegales, que son pagadas por mera gracia del empleador**, pues no encuentran consagración legal en el contrato de trabajo o en alguna otra fuente de obligaciones vinculante, como la convención colectiva, el laudo arbitral o el pacto colectivo, **pueden ser revocados unilateralmente**, pues **la liberalidad nace de la autodeterminación y no puede ser impuesta.**”*

Este precedente ha sido utilizado posteriormente en otras sentencias de la Sala de Casación Laboral para determinar que reconocimientos del empleador se constituyen en derechos adquiridos y cuáles son revocables, siendo importante destacar la providencia SL501 de 2020 que reitera SL2547 de 2019 donde se analiza una pretensión similar a la aquí invocada contra ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., para que siguiera asumiendo el 12% de aporte a salud de los pensionados convencionales luego de revocarla unilateralmente tras años reconociéndola por error y allí se advirtió que como no existía una fuente legal o extralegal que impusiera mantener ese pago adicional, debía identificarse como una asunción por mera liberalidad que era susceptible de ser revocada en cualquier momento.

Fluye de lo anterior, que al no identificarse una fuente legal o extralegal que explícitamente impusiera a la demandada a seguir asumiendo el aporte a pensión de los demandantes cuando adquirieron su pensión extralegal; esta ausencia de fuente impide considerarle un derecho adquirido y por ende es susceptible de ser revocado, en este caso, con la adquisición de la pensión legal como elemento determinante.

Por las razones explicadas, considera la Sala que los demandantes no tienen derecho a que la Empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S.A E.S.P. siga cancelando el 12% de salud; razón por la cual se confirmará la decisión apelada y se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, fijando como agencias en derecho de segunda instancia la suma de \$300.000 por cada demandante a favor de la empresa accionada.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha del 16 de diciembre de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia al demandante. Fijar como agencias en derecho a favor del demandado la suma de \$300.000 por cada demandante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belén Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente

José Andrés Serrano Mendoza

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Elver Naranjo

ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de mayo de 2022.

[Firma]

Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2.022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2019-00241-00
RADICADO INTERNO:	19.516
DEMANDANTE:	ROSALBA GELVEZ FLOREZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Sería del caso proceder a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario laboral promovido por ROSALBA GELVEZ FLOREZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2019-00241-00, y radicación interna N° 19.516 de este Tribunal Superior, respecto de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia del 09 de septiembre de 2021 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, si no fuera porque en el presente asunto se observa una deficiencia en los presupuestos procesales ya que no existe jurisdicción tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, para conocer del proceso y por lo cual se dicta el siguiente:

1. AUTO

1.1 Antecedentes

La señora ROSALBA GELVEZ FLOREZ interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, solicitando que se condene a esa entidad a reliquidar la pensión, a pagar el retroactivo por la diferencia de la mesada pensional, así como a reconocer y pagar la mesada 14 y el incremento pensional por cónyuge a cargo desde la fecha del reconocimiento de la pensión, con su respectivo ajuste e intereses moratorios. También solicitó que se condene a la demandada a reconocer y pagar la indemnización moratoria.

Pidió que en caso de que no se acceda al reconocimiento y pago de los intereses de mora que consagra el artículo 141 de la Ley 100 de 1.993, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar las condenas de forma indexada.

Expuso como fundamento fáctico de sus pretensiones:

- Que el 18 de diciembre de 1.994 contrajo matrimonio con el señor CARLOS HUMBERTO SANDOVAL GONZÁLEZ, con quien lleva 24 años de convivencia.

- Que el señor CARLOS HUMBERTO SANDOVAL GONZÁLEZ depende económicamente de ella, quien corre con todos sus gastos de salud, manutención, alimentación, vivienda y vestuario.
- Que el 31 de julio de 2.014 por medio de la Resolución GNR273030 que le fue notificada el 14 de agosto de 2.014, COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez desde el 16 de octubre de 2.013, con un ingreso base de liquidación de \$1.385.764 y una mesada por valor de \$1.035.485.
- Que COLPENSIONES se equivoca en el IBL, pues de conformidad al certificado CLEBS N. 3B, su salario era de \$1.534.888, que multiplicado por 75% da \$1.151.166, valor que al restarle \$1.035.48 arroja \$115.681, el cual al multiplicar por 12 da el valor correcto de la mesada pensional que corresponde a \$ 1.388.172. También manifestó que COLPENSIONES de igual manera se equivocó al tomar la fecha de reconocimiento el 01 de octubre de 2.014.
- Que, el 28 de noviembre de 2.014 solicitó el reajuste pensional con el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo radicada bajo el No. 2016_9517859, el cual le fue negado mediante Resolución GNR 107788 del 15 de abril 2.015 que le fue notificada el 07 de mayo de 2.015.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que admite los hechos relacionados a la fechas en que la demandante contrajo matrimonio con su cónyuge y en que esa entidad le reconoció la pensión de vejez a la actora a través de Resolución GNR 273030, con un ingreso base de liquidación por valor de \$1.385.764 y una mesada de \$1.035.485, así como lo manifestado por la señora GELVEZ FLORES respecto a que solicitó reajuste pensional con el incremento por cónyuge a cargo y que esa entidad en la resolución GNR 107788 del 15 de abril de 2.015 negó la reliquidación de pensión de vejez solicitada, la cual fue notificada el 07 de mayo de 2.015. Negó los demás hechos o manifestó que no le constaban y son susceptibles de la fijación del litigio.
- Que se opone a las pretensiones, debido a que el cálculo del IBL de la pensión se ajusta al número de semanas cotizadas por la demandante, con base a lo devengado durante su vida laboral. Y la demandante no dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1.990 sobre la desafiliación del sistema. También manifestó, que en la Ley 100 de 1.993 no se encuentran establecidos los incrementos pensionales por personas a cargo, que el artículo 21 del Decreto 758 de 1.990 fue derogado según lo indicado en la sentencia SU 140 del 28 de marzo de 2.019 y que dichos incrementos se configuran solo para las personas que ya tenían un derecho adquirido a la entrada en vigencia del nuevo sistema. Que la demandante carece del derecho al reconocimiento de 14 mesadas al año según lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2.005. Indicó que no proceden los intereses moratorios porque esa entidad no ha operado con un retraso injustificado para el pago de la prestación económica.
- Que esa entidad no está llamada a reconocer y pagar a la demandante el retroactivo de la pensión de vejez porque ella no procedió a efectuar la desafiliación al Sistema de Pensiones con la correspondiente novedad de retiro para la fecha en que indica.
- Propuso las excepciones de mérito de: inexistencia de la obligación de reconocer el incremento pensional por persona a cargo, falta de causa

para demandar, cobro de lo no debido, legalidad de los actos administrativos proferidos por COLPENSIONES y prescripción.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta adelantó audiencia el 09 de septiembre de 2.021, agotó las etapas correspondientes y dictó sentencia accediendo parcialmente a las pretensiones, ordenó la reliquidación de la mesada por una indebida estimación del Índice de Base de Liquidación utilizado, negó el cambio de la fecha de causación, la mesada catorce, el incremento por persona a cargo e intereses de mora; decisión contra la cual cada parte interpuso recurso de apelación en lo desfavorable.

1.2 Caso concreto

Conforme a lo anterior, el eje central del litigio radicaría en determinar, si la demandada COLPENSIONES está en el deber de reliquidar la pensión de vejez de la señora ROSALBA GELVEZ por calcular incorrectamente su índice base de liquidación y si tiene derecho a su vez al pago de mesada catorce, incremento por persona a cargo y moratoria; no obstante, encuentra la Sala que se dejó de analizar por parte del Juez *a quo*, la calidad de empleada pública de la demandante y por ende, si existía jurisdicción para pronunciarse sobre las pretensiones.

Se tiene conforme lo establecido en el artículo 4° del C.S. del T., que los servidores públicos están excluidos de la aplicación de las normas laborales consagradas en ese compendio normativo, y acorde al artículo 2° del C.P.T.Y.S.S., esta jurisdicción ordinaria laboral es competente para conocer *“las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”* y *“La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad”*.

En ese sentido, se advierte que el numeral cuarto del artículo 104 del C.P.A.C.A., consagra como cláusula de competencia para la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de los asuntos *“relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y **la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público**”*.

Por lo anterior, se deriva que, si la demandante es una empleada pública afiliada a un régimen de seguridad social público, sus pretensiones son de conocimiento exclusivo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y solo si se trata de servidor público afiliado a régimen de seguridad social privado, existirá facultad de pronunciarse por parte de esta jurisdicción ordinaria laboral.

Así lo ha reiterado recientemente la Corte Constitucional en Auto 356 del 8 de julio de 2021 al resolver conflicto de competencia entre jurisdicción ordinaria laboral y contencioso administrativa sobre conocimiento de asuntos de seguridad social cuando el afiliado es empleado público, explicando:

“En atención a los factores de competencia descritos, en los que la naturaleza de la vinculación es determinante, hay que destacar que los empleados públicos tienen una vinculación de origen legal y reglamentaria. Además, se trata de personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, etc. En contraste, los trabajadores oficiales suscriben un contrato laboral con el Estado y se desempeñan en actividades que realizan o pueden desarrollar los particulares, como la construcción y el sostenimiento de obras públicas, entre otras. Así, la distinción entre ambas categorías radica en la naturaleza del vínculo y en las funciones desarrolladas.

*En suma, respecto de la competencia para resolver **las controversias relacionadas con la seguridad social de los servidores del Estado, se prevén dos reglas.** Una especial, que exige la acreditación de dos factores concurrentes para asignar el conocimiento del asunto a la jurisdicción contencioso administrativa. Estos son: **la calidad de empleado público del demandante y que una persona de derecho público administre el régimen que le aplica.** Asimismo, una residual según la cual, cuando la controversia involucra a un trabajador oficial, la competencia radica en la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral.”*

Sobre la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral para resolver este asunto en concreto, se evidencia que la demandante laboró para una entidad de naturaleza pública, si bien no se aclara en ningún momento de los hechos y pretensiones como situación relevante, a partir del Formato No. 1- Certificación de información laboral expedido el 23 de noviembre de 2018, la señora ROSALBA GELVEZ laboró como auxiliar de enfermería para la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL NORTE de TIBÚ entre enero de 2.004 y septiembre de 2.014, lo que descarta la posibilidad de ser considerada una trabajadora oficial; pues conforme a la regulación de las empresas sociales del estado (artículo 194 y 195 de la Ley 100 de 1993, artículo 26 de la ley 100 de 1990), *"Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones"* y acorde a la reiterada jurisprudencia sobre el concepto de servicios generales y mantenimiento de la planta (Sentencia SL 36668 de 2011), donde se reitera que *“dentro del concepto de servicios generales a que alude la disposición ya citada, han de involucrarse, a manera solamente de ejemplo, aquellas actividades relacionadas con el aseo, vigilancia y alimentación”*, es notorio que la labor de auxiliar de enfermería no se corresponde a dichas funciones y por tanto es una empleada pública.

Como segundo presupuesto, el mismo formato certifica que la señora GELVEZ estuvo afiliada hasta 2.009 en CAJANAL y luego hasta 2.014 en COLPENSIONES; es decir, se trata de una empleada pública, afiliada a un régimen de seguridad social público; lo que deviene en que nos encontramos ante la ausencia de jurisdicción de este Tribunal y del Juzgado de primera instancia para resolver las pretensiones.

El artículo 133 del Código General del Proceso, en su numeral 1º fijó como causal de nulidad la falta de jurisdicción; siendo ésta una norma procesal, resulta de obligatorio cumplimiento. A su turno, el artículo 16 ibídem, preceptúa que la jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional **son improrrogables**.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL603 del 15 de marzo de 2017. M.P. FERNANDO CASTILLO CADENA, reitera las conclusiones esbozadas previamente en providencia SL10610 del 9 de julio de 2014 (Rad. 43.847 y M.P. CLARA DUEÑAS QUEVEDO) y otras posturas anteriormente expuestas en el sentido que:

*“desde un punto de vista procesal-constitucional, por regla general, no podría definirse la jurisdicción y competencia mediante sentencia, por cuanto: (i) La falta de jurisdicción es una causal de nulidad **insaneable** y frente a ella el juez debe adoptar las siguientes conductas cuando advierta su existencia: a) mediante **auto** decretar **de oficio** la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción; b) **remitir las diligencias al juez competente y con jurisdicción**. Es esta la vía y la forma diseñada por el legislador para sanear esta irregularidad; no otra. (...)*

Y es que resulta lógico que si el juez advierte que carece de jurisdicción, es decir, de absolutas facultades para decidir, lo natural es que resuelva esa vicisitud mediante auto y se abstenga de hacerlo a través de sentencia, porque de hacerlo en esta última forma invadiría la órbita de una jurisdicción distinta,

con flagrante vulneración al debido proceso y con clara extralimitación de funciones públicas.

En realidad, el fallo que no se pronuncia sobre el fondo del asunto por ausencia de un presupuesto procesal, es una sentencia inhibitoria, las cuales en el actual ordenamiento constitucional –salvo excepcionales casos- no tienen cabida (...)

Aquí y ahora, necesario es precisar que lo dicho no se opone al deber del juez de decretar la falta de jurisdicción cuando advierta que la controversia es totalmente ajena al contrato de trabajo –y por ende exclusiva de los empleados públicos-, y adoptar las conductas procesales atrás indicadas, esto es, proceder con el rechazo de la demanda o el decreto de la nulidad correspondiente, y, en ambos casos, enviar las diligencias a la jurisdicción que considere competente.

En efecto, nada le ayudaría a la realización de la justicia que advirtiendo el funcionario judicial la falta de jurisdicción, por ejemplo, cuando el demandante de forma equivocada crea que su relación legal y reglamentaria se denomina contrato de trabajo –y así la intitule en la demanda- y pretenda un derecho o privilegio exclusivo de los empleados públicos, que el juez laboral tramite el proceso a sabiendas de la incompetencia que le asiste y al final deniegue las pretensiones de la demanda bajo el argumento de no corresponder el asunto a esta jurisdicción, ya que, no solo se generaría una prolongación del conflicto y un desgaste de la administración de justicia, sino también una denegación de la misma porque seguramente habrá operado la caducidad de la acción ante el juez administrativo.

Luego, frente a estos asuntos que se ventilen ante la jurisdicción del trabajo y que tengan por objeto debatir temas relacionados con la relación legal y reglamentaria, es deber del juez adoptar las medidas de saneamiento correspondientes y remitir las diligencias a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la que, conforme lo establece el numeral 2° del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, es la que tiene competencia para conocer de los procesos "relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado [...]"

Esta providencia ha sido posteriormente reiterada en providencia SL2226 de 2020, donde la Sala de Casación Laboral refiere que esta regla jurisprudencial es viable, siempre que se resuelva en sede de instancia antes de emitir sentencia.

Por tal virtud, advertido el Tribunal desde antes de dictar sentencia que la actora nunca tuvo la calidad de trabajadora oficial y verificada su afiliación a una entidad de seguridad social administrada por el régimen público, está obligado a declarar la nulidad de todo lo actuado, según los términos del artículo 138 del C.G.P., a partir de la sentencia de primera instancia proferida el 9 de septiembre de 2021, inclusive, y en su lugar, declarará la falta de jurisdicción para conocer del presente asunto, rechazará la demanda y ordenará que se remita el expediente a los Jueces Administrativos del Circuito de Cúcuta, dejando a salvo las pruebas recepcionadas en el curso del proceso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado, a partir de la sentencia de primera instancia proferida el 09 de septiembre de 2021, inclusive, según los términos del vigente artículo 138 del C.G.P., y en su lugar, declarará la falta de jurisdicción para conocer del presente asunto, rechazará la demanda

y ordenará que se remita el expediente a los Jueces Administrativos del Circuito de Cúcuta, dejando a salvo las pruebas recepcionadas en el curso del proceso.

SEGUNDO: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



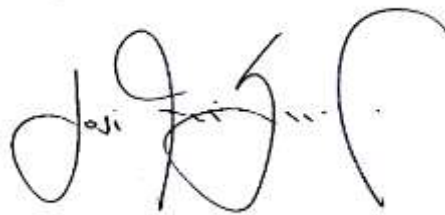
NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES

Magistrada Ponente



ELVER NARANJO

Magistrado



JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**

Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2.022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2019-00362-00
RADICADO INTERNO:	19.517
DEMANDANTE:	BEATRIZ EUGENIA NAVARRO CARRASCAL
DEMANDADO:	ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS ESIMED

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 15 de septiembre de 2.021 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora BEATRIZ EUGENIA NAVARRO CARRASCAL interpuso demanda ordinaria laboral contra ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS ESIMED, solicitando que se declare la existencia de un contrato realidad y que fue despedida sin justa causa. También solicita que se condene a la pasiva al pago de la indemnización contemplada en el artículo 64 del C.S.T. por los años 2.016, 2.017 y 2.018, en un total de 70 días, lo que estimó en un monto de \$2.697.524; al pago de la suma de \$578.041 correspondiente a medio salario del mes de noviembre de 2.018 y de \$1.156.082 por concepto de salario del mes de diciembre del mismo año; así como a pagar las sumas de \$24.470.402 y \$10.404.738 por concepto de la sanción moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T., y por el no pago de las cesantías del contrato a término indefinido en los años 2.017 y 2.018 respectivamente. Finalmente solicitó que se ordene el pago de las prestaciones sociales o los montos que hicieran falta en virtud de la extra y ultra petita, y que se condene en costas a la demandada.

Expuso como fundamento fáctico de sus pretensiones:

- Que el día 22 de agosto del año del 2.005 inició labores con la CORPORACIÓN IPS NORTE DE SANTANDER, bajo contrato laboral a término indefinido como profesional de Fisioterapia.
- Que el día 1. ° de marzo de 2.011 hubo cesión del contrato a la IPS SALUDCOOP y posteriormente, el 1. ° de diciembre del 2.015 se dio la cesión de este a ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS ESIMED, bajo las mismas condiciones.
- Que fue Contratada para desempeñar el cargo de fisioterapeuta dentro de las instalaciones de la demandada, con el fin de prestar sus servicios como profesional en fisioterapia de conformidad con su título académico y ejecutó la labor encomendada de manera personal y directa, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario de trabajo señalado por éste.

- Que como salario se pactó el porcentaje y la suma referida dentro del contrato de trabajo a término indefinido, siendo una suma constante mensual por valor de UN MILLON CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL CERO OCHENTA Y DOS PESOS (\$1.156.082.00), los cuales eran consignados a una cuenta de ahorros del Banco de Bogotá de la que es titular.
- Que, a la fecha de la presentación de la demanda, la pasiva no le ha cancelado la mitad del salario del mes de noviembre de 2.018, ni el salario de diciembre del mismo año y que le debe los salarios de enero a julio de 2.019, así como el pago de las cesantías del 2.017 y 2018.
- Que la demandada le cancelo los aportes a pensión en PORVENIR solo hasta el mes de agosto del 2018 y a salud en MEDIMAS hasta septiembre del mismo año.
- Que el día 15 de enero de 2.019 por parte de la empresa demandada le manifestaron que podía seguir laborando desde la casa hasta nueva orden, por lo que existe un despido sin justa causa disfrazado para no pagar las indemnizaciones, ni las sanciones moratorias contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo.

La Curadora Ad Litem de la demandada ESIMED dio contestación a la demanda de forma extemporánea por lo que no fue aceptada.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 15 de septiembre de 2.021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: Declarar que entre la señora Beatriz Eugenia Navarro Carrascal como trabajadora y ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICA ESIMED como empleador, existió un contrato de trabajo desde el día 1. ° de diciembre del 2.015 hasta el día 15 de enero 2.019, el cual terminó por decisión unilateral del trabajador.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandada ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS ESIMED a reconocer y pagar a favor de la señora Beatriz Eugenia Navarro Carrascal lo siguiente:

- A. \$1.734.123 por concepto de salarios adeudados.
- B. \$27.745.968 por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, liquidada desde el día 16 de enero 2.019 al día 15 enero 2.021, a partir del 16 de enero 2021 la entidad demandada deberá reconocer y pagar intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superfinanciera al momento del pago, correspondiente al capital de \$1.734.123.

TERCERO: Condenar en costas a la parte demandada, fijando como agencia en derecho en favor de la parte demandante la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Que la fijación del litigio se centra en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo desde el día 1. ° de diciembre de 2.015 y a partir de allí entrar a verificar la procedencia de las pretensiones condenatorias de indemnización por despido sin justa causa, pago de los salarios dejados de percibir por los meses de noviembre y diciembre 2018 e indemnización moratoria del artículo 65 del código sustantivo del trabajo que fueron

solicitadas. Advirtió que la tesis de la existencia de un contrato de trabajo es positiva y respecto de las condenas solicitadas accedería parcialmente.

- Recordó los elementos generales del contrato de trabajo y los elementos particulares de este conforme el artículo 22 y 23 del C.S.T., e indicó que en todo proceso en donde se solicita la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, el juez laboral debe verificar la presunción legal contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo Laboral, a partir de la cual surgen unas cargas probatorias para las partes, que al demandante le corresponde probar la prestación personal del servicio, para que por ministerio de la ley el juez entienda que la misma se encontraba regida por un contrato de trabajo y al demandado le corresponde acreditar en juicio que o bien dicha prestación personal del servicio no era a su favor o que en la relación de trabajo no se encontraba inmersa la subordinación y por el contrario el trabajador era autónomo e independiente en el desarrollo de sus labores, al respecto citó la sentencia del 05 de agosto de 2009, radicación 36549 y ponencia del Doctor Luis López.
- Se señala en los hechos de la demanda que la demandante fue contratada inicialmente por la CORPORACIÓN IPS NORTE DE SANTANDER como fisioterapeuta, luego a través de una cesión del contrato de trabajo por parte de la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP y que luego hubo otra cesión del contrato el 01 de diciembre del año 2.015 para desempeñar el mismo cargo en ESIMED, sin embargo no se pudo advertir que al interior de la relación laboral se hayan presentado las cesiones de contrato de trabajo mencionadas, pues no se allegan pruebas alguna al respecto, y por lo tanto únicamente se corrobora la prestación personal del servicio que acreditó la actora en favor de estudios e inversiones médicas ESIMED a partir del caudal probatorio arrojado, como lo son las documentales a folio 9 que es la misiva donde la parte demandada le comunica a la demandante que el 15 de enero del año 2.019 continuaría prestando servicios desde su hogar, a folio 41 que corresponde a la historia laboral proferida por la administradora de fondo de pensiones al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad, en donde se advierte que la demandante desde el año 2.005 viene efectuando cotizaciones inicialmente por parte de la corporación IPS NORTE DE SANTANDER, luego por la IPS SALUDCOOP y a partir del mes de diciembre del año 2.015 por parte de ESIMED, así como el certificado de consignación de cesantías del fondo correspondiente, en donde aparecen solamente la consignación de cesantías por los años 2016 y 2017 y por último, a folio 53 extracto bancario del banco Bogotá, que en esta oportunidad no acredita la prestación personal del servicio en favor de la demandada.
- Que con las documentales allegadas y particularmente con la historia laboral, se puede advertir las cotizaciones realizadas por distintas instituciones prestadoras de servicios de salud, pero al no acreditarse la cesión del contrato de trabajo, solamente se puede corroborar que la demandante prestó servicios en favor de estudios e inversiones médicas ESIMED a partir de las cotizaciones que efectuó esta entidad a su favor desde el mes de diciembre del año 2.015 y de allí en adelante, a lo que se suma la declaración de la testigo LIDIA ÁVILA CARDENAS, quien manifestó conocer a la demandante por haber sido compañera de trabajo en la pasiva, que laboró con ella en las instalaciones, que fueron reubicados al trasladarse de domicilio para laborar, que conocía cuál era el salario devengado por la demandada porque tenía el mismo cargo, indicando que la demandante prestaba servicios como fisioterapeuta, atendiendo pacientes, con base en lo cual se puede corroborar la prestación personal de servicio realizada por la actora en el interregno de tiempo que la historia laboral advierte. Que la entidad demandada efectuó cotizaciones como empleador de la demandante durante el 01 de diciembre del año 2.015 hasta el 15 de enero del año 2.019, fecha que advierte la testigo fue la de terminación del vínculo laboral pues la demandante no continuó prestando servicios, lo cual guarda relación con la misiva que le fue entregada a la demandante a vista folio 9 del plenario. Que, con base en lo anterior, haciendo uso de la presunción legal contenida en el artículo 24 del código sustantivo de trabajo se declara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. También indicó que la testigo expresó

que la actora estuvo vinculada a la empresa demandada desde el año 2.005 hasta 2.019, no obstante, el año mencionado no se tendrá como fecha de inicio al no haberse acreditado la cesión de los contratos de trabajo.

- Manifestó que, para proceder a liquidar derechos laborales, siempre se deben acreditar los presupuestos adicionales a la existencia del contrato de trabajo que son los extremos laborales y determinar el salario base, advirtiendo que se encuentran acreditados los extremos temporales de la relación laboral desde el 01 de diciembre del año 2.015 hasta el 15 de enero del año 2.019. Así mismo señaló, que con la declaración de la testigo es posible corroborar que el salario percibido por la demandante era la suma de \$1'156.082, teniendo en cuenta que se dio valor probatorio a dicha declaración y que la testigo indicó que laboró al interior de ESIMED, en el mismo cargo desarrollado por la demandante como fisioterapeuta y que le era cancelado el mismo valor, a lo que se suma, que la última cotización efectuada para el mes de agosto del año 2.018 por la demandada como empleador de la actora al sistema general de seguridad social en pensiones corresponde a dicha suma.
- En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa solicitada en el libelo introductorio, trajo a colación lo decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de SL 17728 del año 2016 con ponencia del Doctor Fernando Castillo Cadena, quien advirtió que en el campo laboral y en materia de despidos, sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a distancia del empleador, y a este en el evento de que desee el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión. Expuso que conforme a lo anterior, a la demandante le correspondía acreditar el hecho del despido, lo que no hizo, pues el hecho del despido alegado surge a partir de la comunicación que recibió la actora el 15 de enero del año 2.019, sin embargo, de esta comunicación, no se puede advertir que a la demandante se le haya informado por la entidad demandada la decisión de culminar el vínculo laboral, por el contrario, se le informa la continuidad del vínculo laboral y la prestación de servicios dentro de su hogar, aunado a que la testigo manifestó que no tuvo conocimiento de que la entidad demandada comunicará a la demandante la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo.
- Respecto a lo expresado por la parte demandante sobre que el vínculo laboral fenece por decisión unilateral de la entidad empleadora con la comunicación que le fue enviada vista folio 9 del expediente digitalizado, porque en su sentir esto encubría la decisión de dar por terminado el vínculo, teniendo en cuenta que nunca le dieron las instrucciones para cómo desarrollar el trabajo en casa, manifestó que no se puede entender que esto sea una decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, por el contrario, en dicha misiva se advierte que el vínculo laboral continúa vigente y si a la demandante se le brindó esta instrucción y no le fueron dadas instrucciones para desempeñar su labor, al no ser su culpa, lo que daría lugar es a aplicar el artículo 140 del código sustantivo de trabajo relativo al pago de salarios sin la prestación personal del servicio por culpa imputable del trabajador, no obstante, esto no fue solicitado en la demanda y por lo tanto se absolverá a la parte demandada de la pretensión de indemnización por despido sin justa causa.
- Indicó, respecto a la solicitud del pago de los salarios correspondientes a la segunda quincena del mes de noviembre y a la mensualidad del mes de diciembre del año 2.018, que esta es una afirmación de carácter indefinida y negativa, por lo cual teniendo en cuenta la carga de la prueba que surge del artículo 167 del código general del proceso, conlleva a que le correspondía a ESIMED acreditar en este juicio que efectivamente los canceló y al no existir prueba en el plenario sobre dichos pagos, se condenará a la pasiva a los mismos, tendiendo como salario base de liquidación la suma de \$1'156.088.
- Frente a la solicitud de indemnización moratoria del artículo 65 del código sustantivo de trabajo por el no pago de salarios y cesantías al momento de finalizar el vínculo laboral, mencionó la interpretación que le ha dado la Sala

Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 7393 del 18 de septiembre de 1995, la cual ha sido reiterada en muchas ocasiones, que señala que su aplicación no es automática e inexorable, en su imposición debe mediar un análisis de la conducta patronal asumida por el empleador, de manera que si existe una buena fe en su actuar, debe exonerarse de su pago, que puede así mismo exonerarse el empleador del pago de la indemnización, dada la ocurrencia de una fuerza mayor en caso fortuito y es el empleador ostenta la carga de probar las situaciones irreales de un actuar o la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito.

- Advirtió, que la indemnización que surge al momento de finalizar el vínculo es la contemplada en el artículo 65 del código sustantivo de trabajo y que si bien es cierto en las pretensiones de la demanda se solicitó por aparte la misma indemnización, por el no pago de salarios y por el no pago de cesantías, estas no se deben liquidar por separado. Expresó que si lo que quería el apoderado judicial de la parte demandante era solicitar la indemnización moratoria por la no consignación de cesantías, debió haber pretendido lo correspondiente conforme a lo dispuesto en el artículo 99 de la ley 50 de 1990.
- Finalmente resaltó, que la parte demandada no allegó prueba alguna para acreditar una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito que le eximiera o que conllevara a la imposibilidad de cancelar los salarios adeudados a la demandante por los meses de noviembre y diciembre del año 2.018 por lo que se procede a imponer la sanción moratoria del artículo 65 del código sustantivo de trabajo máxime si se tiene en cuenta que la misma también se soporta por el no pago de cesantías al momento de finalizar el vínculo.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1. De la parte demandada:

La Curadora Ad Litem de la parte demandada ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS ESIMED interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que la demandada en ningún momento le dio por terminado el contrato de trabajo a la demandante y que al acervo probatorio con respecto a establecer un contrato realidad le faltó fuerza probatoria, por lo tanto, solicita se absuelva a ESIMED de todos los hechos y pretensiones de la demanda.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes no presentaron alegatos de conclusión.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

6. PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER:

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala es el siguiente:

¿Se encuentra acreditada la existencia de un contrato de trabajo realidad entre BEATRIZ EUGENIA NAVARRO CARRASCAL como trabajadora y la demandada ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS SA ESIMED SA como empleador, entre el 1. ° de diciembre de 2.015 hasta el 15 de enero de 2.019?

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, procede la Sala a determinar si entre la señora BEATRIZ EUGENIA NAVARRO CARRASCAL como trabajadora y la demandada ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS SA ESIMED SA como empleador, existió un contrato de

trabajo realidad entre el 1. ° de diciembre de 2.015 hasta el 15 de enero de 2.019, en virtud del cual, la empresa demandada estaría obligada a reconocer los salarios adeudados correspondientes a una quincena del mes de noviembre de 2.018 y el del mes de diciembre del mismo año, así como la indemnización moratoria e intereses moratorios consagrados en el artículo 65 del código sustantivo de trabajo por el no pago de salarios y cesantías al momento de finalizar el vínculo laboral.

El juez a quo, determinó que con las pruebas aportadas y haciendo uso de la presunción legal contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo se declara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 01 de diciembre del año 2.015 hasta el 15 de enero del año 2.019, estableciéndose que el salario percibido por la demandante era la suma de \$1'156.082 y que la empresa demandada estaría obligada a reconocer los salarios adeudados correspondientes a una quincena del mes de noviembre de 2.018 y el del mes de diciembre del mismo año, así como la indemnización moratoria e intereses moratorios consagrados en el artículo 65 del código sustantivo de trabajo por el no pago de salarios y cesantías al momento de finalizar el vínculo laboral.

Decisión frente a la cual presentó apelación la Curadora Ad Litem de la parte demandada por estimar que esta no dio por terminado el contrato de trabajo a la demandante y que al acervo probatorio con respecto a establecer un contrato realidad le faltó fuerza probatoria.

De manera preliminar, debe señalarse, que en virtud del principio de consonancia fijado en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., la competencia de esta Sala de Decisión se circunscribe en las materias apeladas; en ese sentido, como la parte demandante no controvertió la decisión del juez a quo de no conceder el recurso interpuesto y quedó en firme dicho auto, no existe competencia para pronunciarse sobre las pretensiones negadas. Respecto de la demandada, se advierte que la curadora apela que la empresa no terminó el contrato y que no se demostró en todo caso dicho contrato, pero como no hubo condena por despido injusto, dicha controversia no existe y al no indicarse expresamente inconformidad con las dos condenas por salarios atrasados y sanción moratoria, se advierte que su recurso se enfila exclusivamente a controvertir la declaratoria de contrato realidad.

Al respecto, se recuerda que la Sala de Casación Laboral en sentencia SL5159 de 2018 explicó: *“la consonancia obliga al juez a pronunciarse **respecto a los temas expresamente apelados**, de modo que entre lo que es objeto de impugnación y lo resuelto por el Tribunal, exista una relación de correspondencia, a no ser que en la segunda instancia se verifique la presencia de «derechos mínimos irrenunciables del trabajador» (CC C-968-2003 y SL4981-2017).”*; por ende, como no se indicó controversia contra las condenas de salarios atrasados y moratoria, las mismas no pueden ser estudiados en esta instancia.

Procede la Sala a analizar entonces como único problema jurídico, si procedía la declaratoria de contrato de trabajo realidad entre las partes.

En términos del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo, contrato de trabajo es aquél por el cual, una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Ante ello, acorde al artículo 23 (*ibidem*), para que se predique su existencia debe existir una actividad personal realizada por el mismo trabajador, bajo la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y, una remuneración o salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S.T., subrogado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990, enseña que *“...Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, pues una vez reunidos los tres elementos anteriores, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen, no obstante, esta presunción admite prueba en contrario.

Esta presunción legal opera a favor del trabajador y, por consiguiente, demostrada la prestación del servicio, es a cargo del empleador desvirtuarla. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en diferentes oportunidades,

entre estas en la Sentencia de 13 de diciembre de 1996, donde precisa, que el artículo 24 no consagra un derecho sino una regla de juicio que afecta la carga de la prueba en el proceso laboral, esto es, se trata de una instrucción a los jueces laborales, relevando al trabajador de acreditar el elemento de la subordinación pues esta se presume y toda prestación de una actividad personal a favor de otra persona, natural o jurídica, debe entenderse en principio como laboral a menos que el empleador desvirtúe que hubo dependencia.

De lo anterior, se extrae que, probada la prestación personal del servicio, la subordinación se presume y compete ejercer plena actividad probatoria a la parte demandada que excepciona la inexistencia del contrato de trabajo; complementando esta teoría, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-20683 de 6 de diciembre de 2017, radicación No. 56.313, en lo referente al principio de la primacía de la realidad y la presunción del artículo 24 del Código sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, reitera lo ya expuesto y concreta que quien se abroga la calidad de trabajador debe demostrar al menos dos aspectos: la prestación personal del servicio y los extremos temporales en que afirma haberlo desarrollado, con los elementos de juicio suficientes para convencer al Juez y al tiempo permitir que el demandado tenga información suficiente para ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción, siendo a partir de estas reglas que el juez debe aplicar las respectivas consecuencias jurídicas a la parte que omite su deber procesal.

Es importante señalar, que la teoría general de la carga de la prueba establece, que le corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas (Art. 1757 C.C), principio que se reproduce en otros términos en el artículo 167 del C.G.P. al determinar que *“...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: *“...Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”*. A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: *“(...) El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo”*. Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que:

“...El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes (...)”.

Esto, en consonancia con el artículo 167 del C.G.P.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta tanto con probar la prestación o la actividad personal como el período en que ejecutó la actividad, para que se presuma el contrato de trabajo y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario.

Ahora bien, con el fin de resolver el problema jurídico antes expuesto, la Sala observa que dentro del expediente obran como pruebas que acreditan la prestación de servicios, las siguientes:

- Carta de fecha 15 de enero de 2.019 a través de la cual OLGA VICTORIA RUIZ MANCERA (Representante legal de ESIMED), comunica a la demandante que hasta nuevo aviso debe cumplir y desarrollar su contrato de trabajo desde la casa.
- Certificado de existencia y representación legal o inscripción de documentos de ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS SA ESIMED SA, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 28 de junio de 2.019.
- Historia aboral consolidada de la demandante, emitida por PORVENR el 26 de junio de 2.019, donde consta un total de 750 semanas cotizadas desde

01/2004 a 08/2.018, resaltando que desde diciembre de 2.015 hasta agosto de 2.018 se realizaron cotizaciones por ESIMED S.A. como empleador.

- Consulta de afiliados compensados realizada en página web de ADRES con datos de la actora donde se encuentran registrados los periodos del 10/2.016 al 09/2.018.
- Certificación de las consignaciones de cesantías de los años 2.015 y 2.016 realizadas a la actora que fue expedida por el Fondo de Cesantías PORVENIR el 26 de junio de 2.019, donde consta que en 2016 y 2017 realizó aportes ESIMED S.A. como empleador.
- Extractos bancarios de enero – marzo y abril – junio de 2.019, que expide el Banco de Bogotá respecto de la cuenta tradicional MB N° 303035281 de la que es titular la demandante; allí se evidencian como registros a resaltar: – Abono dispersión pago de nómina de Estudios e Inversiones Médicas por \$565.925 realizados el 14 y 30 de enero.
- Testimonio rendido por LIDIA PATRICIA ÁVILA CARDENAS, quien manifestó que es fisioterapeuta, que trabajó en ESIMED desde el año 2.006 hasta el día 15 de enero de 2.019 y que conoce a la demandante por ser colega y compañera de trabajo desde que inició labores en la empresa. Que la demandante en ESIMED tenía el cargo de fisioterapeuta, atendía pacientes en el área física y respiratoria de la casa de terapias según la programación agendada. Aseguró que la demandante laboró en ESIMED desde agosto de 2.005 hasta el 15 de enero de 2.019, día en que les entregaron la carta donde manifestaban que debían hacer teletrabajo y que se supone que para esto las directivas tenían que darles unos lineamientos y no lo hicieron. También, manifestó que no sabe si ESIMED le comunicó a la demandante que le daba por terminado el contrato de trabajo y que la señora BEATRIZ EUGENIA NAVARRO CARRASCAL devengaba un salario de \$1.156.088 al igual que ella, nunca faltó al trabajo y cumplió con sus funciones. Indicó que para el mes de diciembre del año 2.018 la actora prestó sus servicios a ESIMED, empresa que comenzó a hacer pagos parciales y que las trabajadoras prestaron su servicio sin sueldo desde el mes de noviembre, hasta el mes de enero. Que laboraban diariamente 6 horas y 45 minutos porque tenían que trabajar un sábado de por medio, entonces lo hacían para descansar un sábado. Que el ultimo pago que recibió de ESIMED por sus labores fue la primera quincena de noviembre de 2.018, pero cree que lo pagaron en diciembre porque les empezaron a hacer pagos parciales y desde ahí no volvieron a recibir más salarios.

Conforme a esta relación probatoria, y lo reiterado por esta Sala, para declarar la existencia de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., la actora debe acreditar la prestación personal del servicio, para de esa forma trasladar a la demandada la carga de la prueba de probar que no existió subordinación.

Por lo anterior, al realizar la valoración probatoria el juez tiene unas facultades que la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación No. 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, las refiere:

“no están sometidos a la tarifa legal, como quiera que atendiendo los mandatos previstos en el artículo. 61 del CPTSS, ostentan la facultad legal de apreciar libremente los medios de prueba y así formar de manera libre su convencimiento, atendiendo, eso sí, el principio de la sana crítica, lo que conlleva a que sus conclusiones, mientras no sean descabelladas, queden amparadas por la presunción de legalidad y acierto (...) las decisiones se deben fundamentar en los elementos probatorios que le merezcan mayor persuasión y credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure la comisión de un yerro fáctico”

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, estima la Sala que existe suficiente respaldo probatorio respecto de la prestación de servicios de la señora BEATRIZ NAVARRO en favor de ESIMED S.A., tanto

documental como testimonialmente. Resaltando que si bien desde la demanda se afirma que la actora ha venido prestando servicios a diferentes instituciones médicas desde 2.005, con cesiones de su contrato de CORPORACIÓN IPS NORTE DE SANTANDER a SALUDCOOP y luego de esta a ESIMED S.A.; no hubo solicitud de declaratoria de sustitución patronal y en todo caso no se demostraron las relaciones anteriores, asistiendo razón al *a quo* cuando estudió de manera exclusiva si hubo contrato laboral con la aquí demandada.

Se evidencia en la prueba documental, que existe un documento derivado directamente de la representante legal de ESIMED S.A., donde se acepta la existencia de una relación laboral con la actora; ya que en virtud de dicha contratación, se le informa que ante las dificultades de la empresa, debe desarrollar su contrato desde casa y cumplir allí sus actividades, funciones y obligaciones. Documento que no fue tachado de falso o desconocido, por lo que se reputa auténtico para todo efecto y con este se deriva el reconocimiento de ESIMED sobre la calidad de trabajadora de BEATRIZ NAVARRO como fisioterapeuta.

Igualmente, existe prueba de las cotizaciones a seguridad social que históricamente realizaron los empleadores de la actora y donde se evidencia que ESIMED S.A. ejerció como tal desde diciembre de 2.015; lo que coincide con otros documentos como la certificación de consignación de cesantías por los años 2015 y 2016 que realizaron en el período anual siguiente.

Se advierte, que la jurisprudencia ha reiterado como insuficiente, para demostrar el contrato de trabajo, la mera existencia de aportes a seguridad social o de afiliaciones; pues debe evidenciarse realmente que hubo prestación de servicios, para ser beneficiaria de la presunción del artículo 24 del C.S.T. Así se indica en SL3936 de 2021: *“la afiliación a la seguridad social no conlleva, necesariamente, la existencia de una relación laboral, a menos que haya pruebas contundentes que así lo acrediten (...) el hecho de la afiliación al seguro social, no demuestra por sí sólo el contrato de trabajo, pues para la estructuración de este, se requiere la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo”*.

En ese sentido, la prueba de las cotizaciones se completa con los otros documentos donde ESIMED acepta que existe una relación laboral, tanto la consignación de cesantías como el referido documento de enero de 2019; por lo que las cotizaciones encuentran respaldo y coherencia probatoria con los demás anexos documentales. Además, se resalta que todas estas pruebas vienen a ser reforzadas por el testimonio de la señora LIDIA ÁVILA, quien de manera clara, concisa y fluida relata que ella puede dar fe de los servicios prestados como fisioterapeuta por la actora en la entidad, pues fueron compañeras de trabajo con el mismo cargo, salario y funciones, durante el mismo período de tiempo.

Todo esto permite evidenciar que no le asiste razón a la demandada en su defensa al negar la existencia de una relación laboral con la actora, dado que la realidad permite evidenciar tanto el reconocimiento propio de ESIMED S.A. sobre el contrato, como el respaldo documental y testimonial de los servicios prestados con su correspondiente remuneración.

Respecto de los extremos, coincide la Sala con los establecidos por el juez *a quo*, dado que a partir de las cotizaciones a seguridad social en pensión se puede identificar diciembre de 2015 como el extremo inicial y respecto del final, si bien existe controversia sobre el alcance de la comunicación del 15 de enero de 2019 sobre el cambio de condición laboral; lo cierto es que la actora acepta que desde allí dejó de prestar servicios, lo que coincide tanto con el último pago reportado en su cuenta, como con el hecho de que su actividad profesional de fisioterapeuta requiere de la atención al paciente y no podía por tanto seguirse ejerciendo normalmente, sin su presencialidad, aunado a la falta de pruebas de que se siguiera prestando el servicio tras dicha notificación. Por ende, es lógico asumir esa fecha como el extremo final de la relación.

Se debe tener en cuenta, que toda decisión judicial debe estar debidamente fundada a través de la inescindible relación entre los elementos fácticos con el material probatorio que genere la suficiente persuasión de credibilidad para que se configuren y resulten aplicables los presupuestos normativos que persiguen las partes. De

manera que, probada la prestación del servicio, a la demandada le correspondía acreditar más allá de sus propias manifestaciones que la misma no se trataba de una relación laboral y lo evidenciado solo permite corroborar lo resuelto en primera instancia, sin que se argumentara específicamente los motivos de inconformidad con la justificación probatoria, por parte de la apelante.

En consecuencia, se confirmará lo resuelto en primera instancia sobre la existencia de un contrato de trabajo realidad entre BEATRIZ EUGENIA NAVARRO CARRASCAL como trabajadora y ESIMED S.A. como empleadora, del 1. ° de diciembre de 2.015 al 15 de enero de 2.019. Sin condena en costas, por estar representada la demandada mediante curadora ad litem.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia del quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021) proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo explicado en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS de segunda instancia.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2.022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2020-00026-01
RADICADO INTERNO:	19.577
DEMANDANTE:	RAFAEL NUÑEZ SERRANO
DEMANDADO:	COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, así como del Grado Jurisdiccional de Consulta sobre la sentencia del 29 de septiembre de 2021 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor RAFAEL NUÑEZ SERRANO a través de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, solicitando que se declare que, en virtud de la muerte de la asegurada NINFA ROSA OROZCO MENDOZA, con quien convivió, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que la demandada debe reconocer y pagar de manera vitalicia con los reajustes legales que se generen y los intereses moratorios sobre las mesadas impagadas.

Expuso como fundamento fáctico de sus pretensiones:

- Que nació el 15 de julio de 1.953 y al momento de presentar la demanda contaba con 67 años.
- Que el 31 de mayo de 1.975 contrajo matrimonio católico con la señora NINFA ROSA OROZCO MENDOZA en la Parroquia San Antonio María Claret de Cúcuta, el cual se registró en la Notaria Quinta del Círculo de Cúcuta. Que desde ese momento comenzaron a vivir bajo un mismo techo, constituyéndose una comunidad de vida familiar y permanente, existiendo los deberes de fidelidad, cohabitación, respeto, socorro y ayuda mutua, y se procrearon a los hijos JHOY LORENA, MILDRED JOHANA Y JON RAFAEL NUÑEZ OROZCO, que son mayores de edad. Que dicha convivencia duro 21 años, hasta el 15 de junio de 1.996, fecha en que hubo separación de cuerpos. Que lo anterior, se acredita con las declaraciones extrajuicio rendidas por las señoras CARMEN CECILIA MORENO CONTRERAS y ELVA JACINTA RIVERA GRANADOS.
- Que la causante estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales (Colpensiones) desde el 26 de enero de 1.990 hasta la fecha de su fallecimiento ocurrida el 03 de octubre de 2.018, acreditando un total de 1.320 semanas cotizadas al sistema general de pensiones.
- Que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por muerte de la afiliada NINFA ROSA OROZCO MENDOZA y COLPENSIONES a través de la

Resolución SUB 172289 de 2 de julio de 2.019, se la negó expresando que no se había acreditado el requisito de la convivencia.

- Que mediante resoluciones SUB 192796 de 22 de julio de 2.019 y DPE8112 de 16 de agosto del mismo año, la demandada confirmó la decisión de negar la pensión de sobrevivientes, bajo el argumento de que no había demostrado la convivencia con la causante dentro de los últimos cinco años anteriores a su muerte.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de matrimonio católico que contrajo el demandante con la señora NINFA ROSA OROZCO y su registró en la Notaria Quinta del Círculo de Cúcuta, así como, que procrearon tres hijos. También acepto la fecha y edad del demandante y la fecha de fallecimiento de la causante. Admitió lo relacionado a las resoluciones SUB 172289 del 02 de julio de 2.019, SUB 192796 del 22 de julio y DPE 8112 del 16 de agosto del mismo año. Señaló que no le constan los demás hechos, los cuales deben ser objeto de fijación del litigio y deben ser probados.
- Que se opone a que se declare al demandante como beneficiario de la pensión de sobreviviente de la causante NINFA ROSA OROZCO MENDOZA, así como a las demás pretensiones, ya que no se tiene certeza de que cumpla con los requisitos para el reconocimiento de la prestación reclamada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1.993 modificada por la Ley 797 de 2.003, porque no acreditó la convivencia durante los últimos 5 años y que con las pruebas aportadas por la investigación administrativa, con información aportada por familiares y vecinos cercanos, solo se pudo establecer que su vínculo marital y convivencia fue desde el 31 de mayo de 1.975 hasta el 15 de junio de 1.996, por lo que no existe certeza sobre la legitimación para reclamar su derecho y por tanto con base en la jurisprudencia laboral, esa entidad debe abstenerse de resolver su derecho, por cuanto el conflicto debe ser resuelto por la jurisdicción en su especialidad ordinaria laboral, teniendo en cuenta que se adelanta trámite de verificación de conformidad con lo establecido en el artículo 243 de la Ley 1450 de 2.011.
- Propuso como excepciones de mérito: inexistencia de la obligación de reconocer la pensión de sobreviviente, buena fe de la entidad demandada, prescripción y la innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la Sentencia del 29 de septiembre de 2.021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: Declarar probada las excepciones de mérito planteada por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que denominó inexistencia de la obligación, en consecuencia, absolver a la entidad demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor RAFAEL NUÑEZ SERRANO.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, fijar como agencias en derecho a favor de la parte demandada la suma de \$300.000,00.

TERCERO: Remitir el presente expediente a la oficina judicial para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, ante los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior Distrito Judicial de Cúcuta.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Indicó, que se relevaron del debate probatorio los hechos relativos al vínculo matrimonial existente a la fecha de fallecimiento de la señora NINFA ROSA OROZCO MENDOZA, el cual contrajo con el demandante el 31 de octubre de 1.975. Así como el fallecimiento de la causante el 03 de octubre de 2.018 y que el actor presentó ante la demandada solicitud de reconocimiento de la pensión de sobreviviente, la cual fue resuelta junto con los recursos presentados.
- Que el problema jurídico consistía en verificar si la señora NINFA ROSA OROZCO MENDOZA al momento de su fallecimiento dejó causado el derecho a la pensión de sobreviviente para alguno de sus beneficiarios y de ser resuelto de manera positiva este interrogante se entraría a verificar si el señor RAFAEL NUÑEZ SERRANO es beneficiario de dicha prestación económica, y a partir de allí si hubiese lugar al retroactivo pensional deprecado en la demanda y los intereses moratorios solicitados.
- Manifestó, que la tesis sobre si se dejó causado el derecho a la pensión de sobreviviente por parte de la señora Ninfa Rosa Orozco es positiva, al encontrarse acreditadas las previsiones del parágrafo del artículo 46 de la Ley 100 de 1.993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 del año 2.003.
- Respecto al interrogante sobre si el demandante acreditó la condición de beneficiario para ser acreedor de dicha prestación, señaló, que se resuelve de manera negativa, pues no se encuentra acreditada la convivencia por lo menos durante 5 años en cualquier tiempo con la causante, para que a partir de allí se pueda predicar el derecho solicitado en la demanda en favor del actor; por lo tanto y por sustracción de materia se hace innecesario el estudio del retroactivo pensional del recaudo de intereses moratorio.
- Expuso, que los argumentos por los cuales se soporta la presente tesis parten en primer lugar del análisis de los requisitos para la pensión de sobrevivientes, lo que se analizó de conformidad con el artículo 12 de la Ley 797 del año 2.003, el cual establece en su parágrafo primero que cuando el afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media con prestación definida en tiempo anterior a su fallecimiento sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de que trata el artículo 66 ibídem, los beneficiarios a los que se refiere el numeral segundo de ese artículo tendrán derecho a la pensión de sobreviviente en los términos de esa ley, advirtiendo que se evidencia el cumplimiento del mismo, teniendo en cuenta que de conformidad con las resoluciones 172289, 192796 y 8111 del año 2019 proferidas por COLPENSIONES, la demandante cotizó un total de 1.320 semanas antes de su fallecimiento, por lo tanto al momento de fallecer el 03 de octubre del año 2018, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes para alguno de sus beneficiarios.
- Que por lo anterior, entró a verificar si el señor RAFAEL NUÑEZ SERRANO es beneficiario de la prestación económica que dejó causada la señora NINFA ROSA OROZCO en calidad de cónyuge supérstite, para lo que se remitió a lo establecido en el artículo 13 de la ley 797 del año 2.003 y recordó lo estipulado en los numerales 2 y 3 del literal b del artículo en mención, indicando que al interior del presente trámite no se advirtió por ninguna de las partes que al fallecimiento de la causante, esta estuviese haciendo vida marital o tuviese unión marital vigente o compañero permanente, que permitiese entrar a analizar si existía alguna persona en este sentido con derecho o si había lugar a analizar de manera simultánea una convivencia o por el contrario el reconocimiento de la prestación económica que solicita el actor de manera compartida con algún compañero permanente de la señora NINFA ROSA OROZCO MENDOZA, por lo que el demandante se erige como el único solicitante de la prestación económica.
- Por lo previamente mencionado, trajo a colación lo decantado por la Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Laboral en sentencia SL12442 del año 2015, que al respecto establece que el análisis del artículo 47 de la Ley 100 del año 1.993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2.003, es aplicable al cónyuge supérstite que reclame la prestación económica, existiendo o no compañero permanente del causante al momento de su deceso. Resaltando que allí se advirtió, que en estos casos el cónyuge debería demostrar que “se hace

acreedor a la protección en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención”, y que en ese supuesto la separación de hecho debe ser probada por el cónyuge que reclama la prestación, salvo que demuestre que esa pertenencia al grupo familiar no ha perdurado por razones ajenas a su voluntad. También dijo que se delimito por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 480 del año 2.020, que a quien con vínculo matrimonial vigente solicite la pensión de sobreviviente por fallecimiento de su cónyuge, le corresponde exclusivamente acreditar que hizo vida marital o convivió con el causante por un término no inferior a 5 años, eso sí, resaltándose que esta convivencia puede ser acreditada en cualquier época y que no se limita o se supedita a un término cercano la fallecimiento del causante o dentro de los 5 años anteriores a su deceso.

- Que para la prosperidad de las pretensiones de la demanda era necesario verificar en primer lugar, que existiese el contrato matrimonial vigente entre el señor RAFAEL NÚÑEZ SERRANO y la señora NINFA ROSA OROZCO MENDOZA, esto es, que no existiese divorcio entre estos al momento anterior del fallecimiento de la causante. Advirtió que al interior del presente trámite se allegó registro civil de matrimonio del cual no se desprende que exista divorcio entre los contrayentes, ni existe prueba alguna en el plenario que advierta esta circunstancia.
- Que restaba por verificar si el demandante acreditó haber hecho convivencia con la causante por un término no inferior a 5 años, resaltando que dicha convivencia puede ser establecida con su cónyuge en cualquier tiempo, para lo cual el actor rindió interrogatorio de parte y allegó declaraciones extrajuicio rendidas por intermedio de Notario el 15 de agosto del año 2.019 por la señora CARMEN CECILIA MORENO y el 16 de mayo del año 2.019 por la señora ELVIA JACINTA RIVERA, así como las resoluciones proferidas por COLPENSIONES a través de las cuales se negó el derecho a la prestación económica. Que a partir esos elementos de prueba y del expediente administrativo allegado por parte de COLPENSIONES, no se encuentra acreditada la convivencia en un término no inferior a 5 años y en cualquier tiempo entre el demandante y la causante, pues el interrogatorio de parte absuelto no puede ser tenido como prueba para tales efectos teniendo en cuenta que la finalidad del mismo es lograr la confesión, la cual debe reunir los requisitos del artículo 195 del C.G.P. y particularmente confesar conlleva a que se produzcan efectos jurídicos adversos a lo que solicitaría el declarante en su proceso o en su demanda.} aunado a la máxima de que nadie puede construir su misma prueba.
- También expresó que las declaraciones extra-juicio allegadas al proceso no tienen valor probatorio, teniendo en cuenta que COLPENSIONES solicitó la ratificación de dichas testimoniales de conformidad con el artículo 222 del Código General del Proceso, por lo que hay lugar a dar aplicación a lo establecido en el inciso 3. ° del artículo 188 ibídem., lo que les resta total validez, teniendo en cuenta que las testigos no se acercaron a ratificar su declaración extra-juicio.
- Recordó lo expuesto por el apoderado judicial de la parte demandante que fue coadyuvado por el Ministerio Público al exponer sus alegatos de conclusión, respecto a que de la Resolución 172289 del año 2.019 es posible acreditar la convivencia entre el actor y la causante desde el 31 de mayo de 1.975 al 15 de junio de 1.996, frente a lo que manifestó que la Resolución no permite acreditar dicha convivencia, pues la misma debe ser analizada a partir de las demás resoluciones expedidas por COLPENSIONES al interior del trámite administrativo que resolvió de manera negativa la solicitud de pensión de sobreviviente, y si bien es cierto las resoluciones 192796 y 8112 del año 2.019, reproducen el contenido en parte de la investigación administrativa, más adelante establecen que no se puede afirmar o declarar una certeza en la convivencia entre la causante y el solicitante, por lo que se niega el reconocimiento por ser este un requisito esencial. Que, por lo anterior, se genera una incongruencia entre el mismo informe de investigación y la certeza de la convivencia, lo que deja a un lado si la misma se circunscribe a los 5 años anteriores al fallecimiento de la causante, resaltando que dicha incongruencia debía ser suplida a través de los medios de prueba por la parte demandante. También destacó que, si se entran a valorar las

declaraciones extrajuicio, estas igualmente generan incongruencia y no permiten analizar si se acredita la convivencia, pues el tiempo de convivencia que señalan no concuerda con el año en que manifiestan que tuvieron conocimiento, esto es desde 1.993.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 Ministerio Público

El Doctor Cristian Mauricio Gallego Soto interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que de las pruebas aportadas al proceso se puede desprender la convivencia entre el señor RAFAEL NÚÑEZ SERRANO y la señora NINFA ROSA OROZCO, por lo menos durante los 5 años que exige la jurisprudencia, con base en que el texto de la resolución que niega la pensión de sobrevivientes, la SU-172289 del 02 julio de 2.019, hace una reproducción textual del resultado de la investigación administrativa realizada por COLPENSIONES y donde en los alegatos se evidenciaba que los implicados convivieron desde el 31 de mayo del 1.975 hasta el 15 de junio del 1.996, por lo que considera que al momento de hacer la recopilación de información se encontró la existencia de la convivencia y así mismo lo acepta COLPENSIONES.
- Que una lectura completa de la resolución muestra que la razón por la cual niegan la pensión no es porque no se haya acreditado esa convivencia sino porque consideran que era un requisito de la ley la convivencia en los 5 años anteriores a la fecha del causante, que efectivamente no se acredita y se reconoce desde la misma demanda, pero la claridad que se ha hecho inclusive en la parte motiva de la sentencia es que la convivencia de 5 años puede ser en cualquier tiempo.
- Que adicionalmente, hay otros elementos de juicio dentro del proceso que refuerzan esa conclusión sin necesidad de acudir a las declaraciones extra-proceso, como lo son los registros civiles de nacimiento de los 3 hijos que tuvieron la causante y el demandante; el 1. ° hijo nació el 10 de octubre de 1.978 y el 3. ° hijo nació el 05 de diciembre de 1.983, el solo registro civil de por si no prueba convivencia, pero parte de la resolución habla de esa convivencia y si dentro de la misma nacieron hijos, esto permitiría inferir que esta convivencia si se dio del año 1.975 a por lo menos el año 1.983, lógicamente valorando estas pruebas documentales en conjunto con la resolución de COLPENSIONES, pues la sola existencia de los hijos ni implica convivencia y el informe del investigador es claro al señalar que esa convivencia si se dio hasta el año 1.996 como consecuencia de la separación de hecho.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa al actor que busca ser reconocido como beneficiario de una pensión de sobreviviente, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la misma, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2.007.

5. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

•PARTE DEMANDANTE:

El apoderado judicial del señor RAFAEL NÚÑEZ SERRANO solicitó que se revoque el fallo de primera instancia, manifestando el a quo cometió el error protuberante de desconocer que estaba demostrado el requisito de la convivencia durante el periodo del 31 de mayo de 1975 al 15 de junio de 1996, pues en línea de jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la convivencia se entiende acreditada cuando la misma es reconocida dentro del trámite administrativo y

se allega prueba de ello al proceso o cuando ha sido admitida en la contestación de la demanda.

Que a la convivencia a que Colpensiones se refiere en resoluciones SUB172289 del 02 de julio, SUB-192796 del 22 de julio y DEP8112 del 16 de agosto de 2.019, es la que correspondía demostrar dentro del período de los cinco años anteriores al fallecimiento de la afiliada, pues la investigación administrativa concluyo que el demandante y la causante Ninfa Rosa Orozco Mendoza convivieron desde el 31 de mayo de 1975 hasta el 15 de junio de 1996.

Que por lo anterior se demuestra el requisito de la convivencia alegada por el demandante durante el período del 31 de mayo de 1975 al 15 de junio de 1996, situación que se encontraba por fuera del debate, por lo que el a quo no podía entrar a controvertirlo, pues por mandato de lo previsto en el artículo 281 del Código General del Proceso “la sentencia definitiva deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, al igual que con las excepciones alegadas y probadas”.

Que habiendo demostrado el demandante la calidad de cónyuge no divorciado y que convivió con la causante entre la época del 31 de mayo de 1975 al 15 de junio de 1996, es decir, una convivencia de cinco años en cualquier época era merecedor al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

•PARTE DEMANDADA:

La apoderada judicial de COLPENSIONES solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, manifestando que esa entidad no se encuentra obligada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes pues el demandante no cumple con la condición de beneficiario de la señora NINFA ROSA OROZCO MENDOZA, en virtud de que no acreditó la convivencia con la causante en los 5 años anteriores al fallecimiento.

Que si bien es cierto dentro del expediente pensional de la causante aparece el registro civil de matrimonio celebrado entre la parte actora y esta, sin nota marginal de divorcio, no se cumple con el requisito de convivencia establecido en el artículo 47 de la ley 100 de 1.993, modificada por el artículo 13 de la ley 797 de 2.003.

Que se debe analizar, si la parte actora fehacientemente con la causante demostró un compromiso de vida real o vocación de continuidad o permanencia, debito conyugal, que había residencia de pareja, que compartían responsabilidades y manejo tanto de la vida del hogar como de las situaciones de la vida privada, es decir que cumplió con los requisitos del artículo 176 del C.C. , toda vez que la pensión de sobrevivientes se ha concebido para amparar el riesgo de muerte del afiliado y beneficiar primordialmente a los integrantes del núcleo familiar, para así excluir una relación fugaz y pasajera, lo que no se presentó en el caso en concreto, por cuanto no hubo ratificación de los testigos asomados en la demanda.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala son los siguientes:

¿Si el señor RAFAEL NUÑEZ SERRANO tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de sobreviviente como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge NINFA ROSA OROZCO MENDOZA, con quien se encontraba separado al momento de su fallecimiento?

8. CONSIDERACIONES

El señor RAFAEL NUÑEZ SERRANO solicita que COLPENSIONES, le reconozca y pague la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento de su cónyuge señora NINFA ROSA OROZCO MENDOZA, ocurrido el 03 de octubre de 2.018, por haber convivido con ella por 21 años, con los reajustes legales que se generen y los intereses moratorios sobre las mesadas impagadas.

El juez *a quo*, concluyó, con fundamento en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2.003, norma que regula la situación jurídica discutida, así como en sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que si bien la causante al momento de su fallecimiento había cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media con prestación definida sin haber tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, les surge el derecho a sus beneficiarios a la pensión de sobreviviente, en este caso, el demandante en calidad de cónyuge supérstite no acreditó el requisito convivencia por 5 años en cualquier tiempo, por lo que negó las pretensiones formuladas en la demanda.

Inconforme con las anteriores conclusiones, el representante del Ministerio Público señaló, que, con las pruebas aportadas al proceso, como son las resoluciones emitidas por COLPENSIONES al resolver la solicitud de pensión de sobreviviente realizada por el actor, en donde cita la investigación administrativa adelantada que reconoce que el demandante y la causante convivieron desde el 31 de mayo del 1.975 hasta el 15 de junio del 1.996, así como los registros civiles de nacimiento de los hijos que procrearon los implicados, cuyas fechas de nacimiento oscilan entre 1.978 a 1.983, se puede inferir que existió convivencia entre los cónyuges por lo menos durante este espacio de tiempo y no es requisito legal que la convivencia en los 5 años sea anterior a la fecha de fallecimiento de la causante.

De acuerdo a lo anterior, no es objeto de controversia en el presente asunto, lo siguiente:

(i) Que el actor contrajo matrimonio religioso con la señora NINFA ROSA OROZCO MENDOZA el 31 de mayo de 1.975, el cual fue registrado el 09 de agosto de 1.996 en la Notaría Quinta de la ciudad de Cúcuta - N. De S. (folio 03 expediente digitalizado).

(ii) Que los cónyuges procrearon tres hijos: JHOY LORENA NUÑEZ OROZCO, MILDRED JOHANNA NUÑEZ OROZCO y JHON RAFAELSON NUÑEZ OROZCO, según registros civiles de nacimiento: N° 3752038 del 14 de octubre de 1.978, N° 6468768 del 03 de diciembre de 1.981 y 74402174 del 13 de diciembre de 1.982 (folios 06 a 08 del expediente digitalizado).

(iii) Que la causante falleció el 03 de octubre de 2.018 acorde a registro civil de defunción con indicativo serial No. 09593625 (Folio 05); (iv) Que la señora OROZCO MENDOZA de enero de 1.990 a octubre de 2.018, mes en que fallece, acredita un total de 9.242 días laborados, lo que corresponde a 1.320 semanas, de acuerdo a lo consignado por la demandada en Resolución N° SUB172289 del 02 de julio de 2.019, por medio de la cual negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitada por el actor por no acreditar convivencia en los últimos 5 años de vida de la causante, la cual fue confirmada en Resolución N° SUB192796 del 22 de julio de 2.019, que a su vez fue confirmada en Resolución DPE8112 del 16 agosto de 2.019 (folios 09 a 21 del expediente digitalizado) y (v) Que, al 03 de octubre de 2.018, fecha en que falleció la señora NINFA ROSA OROZCO MENDOZA tenía 54 años, por haber nacido el 15 de junio de 1.953, según consta en registro de nacimiento N° 25941240 del 13 de agosto de 1.999.

Sea lo primero advertir que como quiera que la señora NINFA ROSA OROZCO MENDOZA, falleció el día 3 de octubre de 2018 (fol. 5), la norma aplicable al caso es el numeral 2° del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 de 2003, el cual dispone que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

“Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...).

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya

tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.”

Del texto normativo citado se concluye, para que un afiliado que fallece deje causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, debe haber cotizado un mínimo de 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento; y en este caso, según se advierte de los tiempos de servicio acreditados en las resoluciones citadas previamente, la causante no solo evidencia 50 semanas en el año anterior a su fallecimiento, pues laboró íntegramente de octubre de 2.017 a octubre de 2.018. Además, se advierte que falleció a los 63 años con 1.320 semanas, de lo que se deriva que dejó causado el derecho a pensión de vejez.

Ahora respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, determina que:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;”

De la lectura de la norma anterior, vemos que en lo que concierne al tiempo de convivencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que la convivencia mínima requerida para que proceda el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge, como para compañero o compañera permanente, es de cinco 5 años, independientemente de si el causante es un afiliado o un pensionado. Así lo sostuvo la Corte en muchos de sus pronunciamientos, entre otros, en las sentencias CSJ SL, 20 may. 2008, rad. 32393, CSJ SL, 22 ago. 2012, rad. 45600, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068-2016, CSJ SL347-2019.

Sin embargo, a partir de La Sentencia CSJ SL1730-2020, el requerimiento de 5 años de convivencia para potenciales beneficiarios del afiliado fallecido, migró para sentar como nueva postura que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite **del afiliado fallecido, no se requiere ningún tiempo mínimo de convivencia**, sino que es suficiente acreditar la condición invocada para cumplir el presupuesto del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, **por manera que la cohabitación de 5 años, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.** Así lo explicó, dicho proveído:

“Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se

causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada...

(...) Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado**, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.”

Esta postura ha sido reiterada en decisiones posteriores por parte de la Sala de Casación Laboral, como puede verse en providencias SL3626-2020, SL3785-2020, SL489-2021, SL222-2021, SL2820-2021, SL2893-2021, entre otras.

No obstante, la Corte Constitucional en sentencia SU149 de 2021 dispuso dejar sin efectos la sentencia SL1730-2020 proferida por la Sala Laboral de Casación de la Corte Suprema de Justicia, indicando que:

“La distinción introducida por la Corte Suprema de Justicia, al disponer que la exigencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente de acreditar el mínimo de cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante solo era aplicable cuando estos fueran pensionados, mas no en el caso de los afiliados, no armoniza con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia. Así mismo, esa diferenciación carece de una justificación objetiva que atienda al principio de igualdad, por lo que resulta arbitraria...también se presentó por desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional... Asimismo, la Sala Plena determinó que en la decisión de la Sala de Casación Laboral se configuró un defecto sustantivo por interpretación irrazonable del precepto legal aplicable al caso analizado...”

Esta Sala de Decisión, en sentencia del 10 de diciembre de 2021 dentro de proceso radicado 54001310500420170002701 (partida interna 18.106), adoptó la postura de la Corte Suprema de Justicia y dispuso apartarse de los argumentos de la Corte Constitucional, explicando:

“Esta Sala respetuosamente manifiesta que se aparta de la posición dada por la Corte Constitucional, en virtud de los principios de autonomía e independencia judicial con sujeción de los límites propios de éstos, y en aras de dar cumplimiento a los presupuestos señalados en la sentencia T-446/13, de la Corte Constitucional: «(i) que se refiera al precedente del cual se aparta, (ii) que resuma su esencia y razón de ser y (iii) manifieste que se aparta en forma voluntaria y exponga las razones que sirven de sustento a su decisión», los argumentos se fundamentan en primer lugar, en el respeto por el precedente vertical promulgado en forma reiterada, pacífica y vigente hasta el momento, por el máximo órgano de cierre de la justicia ordinaria desde el mes de junio de 2020 reiterado en las sentencias SL3626-2020, SL3785-2020, SL489-2021, SL222-2021, SL2820-2021, SL2893-2021, entre otras., en la que indicó que para ser beneficiaria (o) de la pensión de sobrevivientes en condición de compañero (a) permanente o cónyuge supérstite del afiliado al

sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, según lo consagra el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003.

En segundo lugar, estima la Sala que la hermenéutica armónica de la Corte Suprema de Justicia respecto de la normatividad mencionada, acompasa los principios de eficiencia, solidaridad, oportuna y eficaz materialización del Sistema General de Pensiones, para los riesgos de vejez, invalidez y muerte, garantizando el principio de igualdad para los que son claramente desiguales, esto es, el afiliado y el pensionado respectivamente, del grupo familiar en forma legítima y proporcional, acudiendo a la aplicación efectiva de los principios constitucionales que rigen los derechos del trabajador y por ende del pensionado, entre ellos, el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el Principio de favorabilidad, consagrado igualmente en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo; que en sentencia T-290 de 2005, la Corte Constitucional enseñó: “la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”

Igualmente, la misma Corporación en sentencia T-599 de 2011 indicó que en el caso en que una norma admita varias interpretaciones, para la aplicación de la favorabilidad deben presentarse, además, dos elementos, a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, que las mismas puedan ser aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.

Aunado a lo anterior, las sentencias SL1730-2020, SL3626-2020, SL3785-2020, SL489-2021, SL222-2021, SL2820-2021, SL2893-2021, proferidos en sede de casación y, por tanto, situados en el vértice último del sistema de impugnaciones, constituye doctrina probable y su acatamiento es obligatorio a voces del artículo 7º del Código General del Proceso y la Ley 169 de 1896, y las motivaciones vertidas en la sentencia C-1094-2003 de la Corte Constitucional.

Para finalizar, esta Sala considera, que el principio de favorabilidad y de in dubio pro operario, prevalece sobre la sostenibilidad financiera del sistema, todo ello, en aras de materializar la efectividad del art. 48 de la Constitución Política, por lo que, la interpretación que propende garantizar su aplicación es la adoctrinada por la Sala Laboral de la Corte Suprema admisible a la postura favorable al trabajador.”

De acuerdo a lo anterior, se concluye, que para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo *mínimo* de convivencia, toda vez, que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes.

Para el presente asunto, como se advirtió, la causante dejó causado el derecho a pensión de sobrevivientes para sus beneficiarios y se procederán a evaluar las pruebas arrimadas al proceso, analizándolas bajo los fundamentos de la sana crítica, con el fin de establecer si efectivamente lograron acreditar la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte.

El señor RAFAEL NÚÑEZ SERRANO acreditó que contrajo matrimonio religioso con la señora NINFA ROSA OROZCO MENDOZA el 31 de mayo de 1.975, el cual fue registrado el 09 de agosto de 1.996 en la Notaria Quinta de la ciudad de Cúcuta, sin que se demostrara en el proceso que dicha calidad fuera objeto de divorcio o separación de bienes por los contrayentes; por lo que no existe duda de su calidad de cónyuge al momento de fallecimiento, al no advertirse nota alguna en el registro civil aportado.

Ahora bien, aunque bajo la perspectiva de la jurisprudencia en cita no habría lugar a analizar si las pruebas aportadas permiten establecer la convivencia de las partes por el término de 5 años, pues al tratarse de afiliada fallecida dicho presupuesto no es exigido

por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; este precedente sí exige que se evidencie más allá de la mera calidad de cónyuge, que el beneficiario conformara un núcleo familiar con vocación de permanencia que estuviera vigente al momento de fallecer el causante.

Respecto a las declaraciones extrajuicio recibidas para fines no judiciales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2 de marzo de 2007, radicación 27593, indicó: *“las declaraciones extrajuicio recibidas para fines no judiciales, pueden tomarse (...) como documentos declarativos provenientes de terceros, para cuya valoración, según el artículo 277 del C. P. C. (Mod. Art. 27, Ley 794/2003), no necesitan ratificación, salvo que la parte contraria lo solicite.”*, está acorde con la especial situación que se presenta en esta clase de procesos, porque equiparar el documento simplemente declarativo emanado de un tercero, que no es elaborado ni suscrito ante un Notario, con la declaración que ese mismo tercero realiza ante este funcionario público, que cuenta con el atributo de ser depositario de la fe pública, es perfectamente válido, en la medida en que, por lo menos, igual poder de convicción tienen estos dos medios de prueba, y no guardaría ninguna lógica, eximir de ratificación al primero, al paso que del segundo se exija el adelantamiento de tal formalidad dentro del proceso, siendo que, además, las declaraciones extrajuicio fueron rendidas bajo la gravedad del juramento.

Entonces, si bien la declaración extraproceso es un documento perfectamente válido, para este caso COLPENSIONES solicitó la ratificación de las señoras CARMEN MORENO y ELVA RIVERA, sin que las mismas acudieran a testificar; lo que impide conforme al artículo 222 del C.G.P. valorarlos, ya que no dieron su versión frente a la parte contra quien se opone y solicita su ratificación.

En ese sentido, la única prueba que se recepcionó debidamente fue el interrogatorio de parte del señor NÚÑEZ SERRANO, cuyas manifestaciones en su propio beneficio no pueden tomarse como medio de convicción por cuanto a las partes está vedado construir sus propias pruebas.

Destaca la Sala, que desde los hechos de la demanda se identificó por la parte demandante con claridad y de manera expresa que su convivencia con la causante se extendió únicamente entre los años 1.975 y 1.996, cuando hubo separación de cuerpos; sin que se establezca de manera alguna cómo fue la relación entre las partes desde la separación y si bien el actor en su interrogatorio de parte manifestó que mantuvo una ayuda permanente con su cónyuge separada, visitándola cada mes y en los últimos 5 años le llevaba el mercado; estas afirmaciones por provenir del interesado no constituyen prueba alguna, y en todo caso tampoco consolidan el carácter de apoyo mutuo con vocación de permanencia de una unidad familiar de que trata la jurisprudencia.

Fluye de lo expuesto, que si bien el actor no necesitaba acreditar un término de convivencia por cuanto la causante falleció siendo afiliada no pensionada, la jurisprudencia sí exige que demuestre una unidad familiar con vocación de permanencia vigente al momento del fallecimiento y esto no se demostró, en la medida que desde la demanda se enunció la separación de cuerpo de los cónyuges desde 1.996, no existiendo relación familiar alguna para el año 2.018 en que fallece la causante.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 29 de septiembre de 2.021; finalmente, sin condena en costas por haberse interpuesto el recurso por el representante del Ministerio Público y surtirse el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada de fecha 29 de septiembre de 2.021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS, por lo expuesto en la parte motiva.
Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-003-2019-00060-01

Partida Tribunal: 19268

Juzgado: Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: Jesús Daniel Pabón Arguello

Demandada (o): Protección, S.A.

Tema: Pensión de invalidez

Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, **veintinueve** (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 03 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-005-31-05-003-2019-00060-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 19238 promovido por el señor Jesús Daniel Pabón Arguello en contra de la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección, S.A.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, presenta demanda ordinaria laboral, con el fin de que se ordene a la pasiva el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 22 de octubre de 2018, así como el retroactivo y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que ha venido padeciendo “C20x- tumor maligno del recto” desde el año 2016, patología que le ha ocasionado una enfermedad y minusvalía con una pérdida de su capacidad laboral del 75.3% que le impide continuar laborando.

2. Que a la fecha de presentación de la demanda tiene 307.14 semanas cotizadas a pensión en la entidad demandada.
3. Que no ha dejado de cotizar toda vez que Protección no le ha reconocido la pensión de invalidez a la que tiene derecho, haciendo claridad que con demasiado esfuerzo hace dichas cotizaciones ya que se encuentra muy enfermo y padece dolores demasiado fuertes todos los días.

III. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Notificada de la admisión de la demanda presentada en su contra, Protección, S.A. dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda, manifestando que el afiliado no dio cumplimiento a la normatividad legal, que ordena radicar solicitud de invalidez con las formalidades legales, lo cual es indispensable para respetar el derecho a la igualdad de todos los afiliados en los turnos que se generan por las solicitudes realizadas con la debida suscripción de los formularios.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN y la INNOMINADA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 03 de septiembre de 2020, resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la pasiva.

La juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que para efectos de que sea pertinente analizar el derecho a la pensión de invalidez de la demandante, y se permita el conteo real de las semanas desde la última cotización al sistema o la fecha de solicitud de reconocimiento pensional, bajo la presunción de que se cuenta con la fecha en la que la enfermedad le impidió continuar laborando y proveerse de los medios económicos necesarios para su sustento, conforme la Sentencia SU-588 de 2016, se debe verificar lo siguiente:

- Que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa.
- Que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual.

Explicó que en relación con el primer supuesto, se observa que a folios 75 a 81 del expediente fue aportada la historia clínica del señor JUAN DANIEL PABÓN ARGUELLO, en la cual se indica que sufría de la patología denominada "Tumor maligno de recto". Que así mismo, en el Dictamen N° 169387 del 26 de noviembre de 2017, se indicó que fue diagnosticado con la patología de "adenocarcinoma en el recto"; enfermedad que es calificada como crónica de acuerdo con la OMS.

En relación con la exigencia de que las cotizaciones se hubieren efectuado como consecuencia de una verdadera y efectiva capacidad residual, indicó que conforme las pruebas aportadas no hay constancia o evidencia alguna que demuestre que el señor JESÚS DANIEL PABÓN ARGUELLO cotizó desde julio de 2016 hasta febrero de 2019, porque mantenía una verdadera capacidad laboral residual, ya que en los dictámenes referenciados cuando se analiza el rol laboral, se indicó que estaba desvinculado y en específico que se encontraba cesante desde el 06 de julio de 2016.; es decir, que no hay prueba alguna que demuestre válidamente que el demandante desempeñara alguna ocupación u oficio que le permitiera aportar al sistema.

Y que pese a que en las declaraciones de parte rendidas por las sucesoras procesales ANA ROSA RIVEROS CONTRERAS MIRYAM YELITZA PABÓN TRUJILLO estás indicaron que el demandante fallecido continuó realizando actividades laborales relativas a la veterinaria, lo cierto es que este es un hecho que no se planteó en la demanda, y al actuar estás como sucesoras procesales en virtud de lo establecido en el artículo 68 del CGP, sustituyen al demandante, por lo tanto, frente a las afirmaciones realizadas opera el principio general del derecho, según el cual a la parte le está vedado crear su propia prueba.

VI. RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en su contra, solicitando que se revoque la misma, para lo que alegó que la testigo aportada pudo corroborar de dónde surgieron los aporte realizados y por qué fueron realizados, porque efectivamente el señor atendía desde casa, así como cuando una persona es dueña de un establecimiento de comercio y tiene que ausentarse, eso no implica el cierre; él seguía atendiendo clientes antiguos ya que el señor tenía una veterinaria y ante la situación de su enfermedad tuvo que cerrarla porque ya no iba a tener la misma capacidad para trabajar y poder cubrir los gastos de arriendo y demás gastos.

Indicó que el afiliado sí recibió ayuda de parte de la familia en cuanto a la vivienda pero él dentro de sus capacidades, así fueran pocas, siguió trabajando desde su casa; señalando textualmente “tampoco era que el señor no pudiera desarrollar absolutamente ninguna actividad, que el señor podía trasladarse, con dificultades, pero no quiere decir que el señor estuviese postrado en una cama, que no pudiese salir, que no pudiese sentarse, que no pudiese conversar”.

Alegó que debe tenerse en cuenta los testimonios en favor del señor Daniel Argüello Pavón para reconocimiento de dicha pensión toda vez que de alguna u otra manera con sacrificio, hizo los aportes y mucho más en el ámbito de poder tener una prestación de salud digna y por esa razón él hizo esos aportes junto con ellos sin ánimo de defraudar el sistema.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandante presentó los alegatos de conclusión, solicitando que se revoque en todas sus partes la sentencia de la Juez A quo y en su lugar se CONDENE a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. que reconozca y pague a la parte demandante la pensión de invalidez a la que tiene derecho el señor JESUS DANIEL PABON ARGUELLO (q.e.p.d.) por cumplir plenamente los requisitos de la sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional SU588 del 27 de octubre de 2016, junto con el pago del respectivo retroactivo debidamente indexado, los intereses moratorios, así como, la condena en costas y agencias en derecho.

Por su parte, la entidad demandada solicita se confirme la sentencia apelada dado que el demandante no dio cumplimiento a la normatividad legal que ordena radicar solicitud de invalidez con las formalidades legales.

Una vez cumplido el término para el efecto, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VIII. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para decidir el recurso de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si el señor JESÚS DANIEL PABÓN ARGUELLO tiene derecho a que el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, S.A. reconozca y pague a su favor, la pensión de invalidez solicitada, así como los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Las normas aplicables serán las dispuestas en los arts. 38, 40 y 69 de la Ley 100 de 1993 y el art. 1º de la Ley 860 de 2003 el Decreto 917 de 1999 y el Decreto 1507 de 2014.

Revisando entonces los hechos que se encuentran probados en el libelo demandatorio bajo la luz de los requisitos consagrados en las normas correspondientes para acceder a la prestación solicitada, se observa que el demandante Jesús Daniel Pabón Arguello fue valorado el día 26 de noviembre de 2017 por PROTECCIÓN, S.A., en conjunto con SURAMERICANA, quien profirió dictamen médico laboral No. 169387 donde se determinó un 75.3% de PCL por el diagnóstico de “tumor maligno de recto C20X y Colostomía Z933” de origen común y con fecha de estructuración del 29 de noviembre de 2016, data esta que fue modificada en un primer momento por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, estableciéndose en el 03 de junio de 2017, y posteriormente por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen 88243732-

10347 del 23 de agosto de 2018, entidad que la determinó en el 29 de noviembre de 2016, manteniendo el porcentaje otorgado, de tal suerte que bajo dichos precedentes, es evidente que el actor reúne la condición de inválido según lo previsto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, surge patente que el actor cotizó en pensiones a PROTECCIÓN en diferentes periodos desde noviembre de 2005 hasta febrero de 2009, en agosto de 2009, abril de 2012, agosto y septiembre de 2014, desde octubre de 2016 y hasta febrero de 2019, según la historia laboral vista a folios 32 a 33 del expediente. Así mismo es claro, que en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración (29 de noviembre de 2013 al 29 de noviembre de 2016), sólo reunió 149 días equivalentes a 34,73 semanas de cotización, lo que en principio conllevaría a que se le negara la pensión de invalidez solicitada, ya que no alcanzó a cumplir el presupuesto que exige el art. 1º de la Ley 860 de 2003 que modificó el art. 39 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, de esta normativa sobre la fecha de estructuración exigida para acceder a la pensión de invalidez, se ha realizado una interpretación y análisis jurisprudencial desde la Corte Constitucional, entendiendo que de ser aplicada con rigidez se estaría afectando a la población con patologías de tipo congénita, crónica o degenerativa, pues se trata de enfermedades que si bien generan afectaciones a la capacidad laboral, no lo hacen de manera definitiva o inmediata al momento del diagnóstico o de su configuración, siendo en su mayoría enfermedades ineludibles por la condición genética del individuo y por ende que hacen parte de la vida diaria, debiendo aprender la persona a ejecutar sus actividades más allá de su condición de discapacidad y constituyéndose así una realidad que la aplicación de la norma no puede ignorar, pues entonces estaría discriminando a estos sujetos de especial protección constitucional y se vulnerarían los preceptos de orden constitucional que demandan al Estado promover condiciones de igualdad real y efectiva para personas en circunstancias de debilidad manifiesta.

En este entendido, se hace necesario revisar lo establecido en la sentencia SU-588 de 2016 proferida por la Corte Constitucional, respecto de las enfermedades catastróficas y degenerativas, en la cual expresó lo siguiente:

(...) tratándose de personas con enfermedades degenerativas, crónicas y/o congénitas, patologías que debido a sus características, se presentan desde el nacimiento o son de larga duración y progresivas, la evaluación no resulta tan sencilla, puesto que el momento asignado como aquel en el cual se perdió definitivamente la capacidad para laborar suele coincidir con el día del nacimiento o uno cercano a este, así como con la fecha del primer síntoma de la enfermedad o la del diagnóstico de la misma. Por esta razón, estas personas normalmente no acreditan las semanas requeridas por la norma, pese a contar con un número importante de cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha asignada
(...)

Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por

lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.

Además, la misma sentencia agregó que de acreditarse la patología padecida por el afiliado y que las cotizaciones al sistema pensional se debieron al ejercicio de su capacidad laboral residual, la administradora de fondos de pensiones debe elegir el momento en el que aplicará el supuesto establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 o el art. 1º de la Ley 860 de 2003 que modificó la anterior, esto es, los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, que podrá corresponder a la fecha en la que **«(i) se realizó la última cotización; (ii) la de la solicitud pensional; o (iii) la de la calificación»**. A partir del momento que se escoja, debe realizar «el conteo hacia atrás de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores, para determinar si la persona tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.».

La aplicabilidad de la Sentencia SU 588 de 2016 para analizar los presupuestos de acceso de personas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas a pensión de invalidez, ha sido avalada y utilizada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a través de providencia SL3275 de 2019 y reiterada en SL3763 y SL3779 de 2019; donde concluye que *“...en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral”*.

Postura que ha venido siendo ratificada y aplicada más recientemente en providencia SL 409 de 2020, SL 745 de 2020 y SL 505 de 2020 donde se recuerda que cuando el demandante padece de una enfermedad crónica puede contabilizarse el número de cotizaciones conforme a las particularidades de cada caso concreto en 3 momentos: *“(i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda en la que se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando”*.

Así mismo, este concepto de enfermedad crónica y degenerativa, ha sido desarrollado por la Sala de Casación Laboral en providencia SL 3650 de 2021 de la siguiente manera:

(...) según la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de Salud (OPS), debido a sus características, las enfermedades de tipo «crónico» son de larga duración y progresión generalmente lenta, y se catalogan como una patología para la cual «aún no se conoce una solución definitiva y el éxito terapéutico consiste en tratamientos paliativos para mantener a la persona en un estado funcional, mediante el consumo constante de fármacos (...); dichas enfermedades, hoy por hoy, son las causantes de la mayoría de muertes y de discapacidades mundiales».

De acuerdo con la OMS, encajan dentro de este grupo «las enfermedades cardíacas, los infartos, el cáncer, las enfermedades respiratorias y la diabetes», en tanto constituyen padecimientos y condiciones que, a pesar de tener manifestaciones clínicas diversas, comparten algunas características básicas comunes, como son su persistencia, el requerir manejo durante años o decenios y el hecho de que desafían seriamente la capacidad de los servicios de salud. Se caracterizan también por tener «estructuras causales complejas mediadas por múltiples condiciones de exposición, periodos de latencia largos, evolución prolongada, relativa incurabilidad, y carácter degenerativo» que, sin manejo adecuado, generan discapacidad o alteración funcional, con la consecuente pérdida de autonomía del sujeto afectado, CSJ SL2772-2021.

En tal virtud, con el fin de determinar si a favor del actor surge la aplicación de la subregla consagrada en la Sentencia SU 588 de 2016, para enfermedad de carácter degenerativa y crónica es procedente estudiar si la invalidez del actor se dio en función de un diagnóstico de este tipo y si las cotizaciones realizadas se dieron, efectivamente, como fruto de su capacidad laboral residual y no con una intención de defraudar al sistema al haber cotizado esas semanas con ese fin exclusivo, y en consecuencia, si es posible realizar el conteo de semanas desde un momento diferente a la fecha de estructuración.

Frente a dicha capacidad laboral residual, la Corte Constitucional indicó que “...se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad”.

CASO CONCRETO

Revisando entonces la naturaleza de la patología diagnosticada al actor, “tumor maligno de recto C20X- Colostomía Z933”, es evidente que la misma tiene la entidad de constituirse como una enfermedad crónica y degenerativa, en tanto va paulando, a través de los años, la capacidad de quien la padece, teniendo un mecanismo de instauración lento y progresivo en la salud del paciente.

Teniendo claro lo anterior, es menester determinar, como fue planteado, si las cotizaciones realizadas por el actor se dieron en virtud de su capacidad laboral residual o se dieron con la finalidad de defraudar al sistema para obtener la pensión aquí solicitada.

Para el caso del señor Pabón Arguello, el reporte de semanas cotizadas a PROTECCIÓN, S.A. da cuenta de pagos realizados de manera ininterrumpida desde noviembre de 2005 hasta febrero de 2009, posterior a lo cual se dieron pagos esporádicos y únicos en agosto de 2009, abril de 2012, agosto, septiembre de 2014, interrumpiéndose hasta julio de 2016 y hasta febrero de 2019, lo cual evidencia una interrupción en la cotización continua de más de 7 años, entre marzo de 2009 y julio de 2016, siendo esta última fecha cercana al inicio de los trámites de calificación de PCL el 28 de marzo de 2017, según informa la pasiva en oficio visto a folio 51 del expediente.

Además, a folio 55, se allegó el dictamen realizado por Suramericana por solicitud de PROTECCIÓN, S.A., donde se advierte que el actor inició sus síntomas a finales del año 2015 con “dificultad para defecar y meteorismo, realizan Colonoscopia en febrero de 2016, encontrándose tumor en recto (...) realizan colostomía el 28 de octubre de 2016 por tumor irresecable.. inician quimio oral”.

Igualmente, en dicho dictamen, en el acápite de Antecedentes laborales se indica que se encuentra “desvinculado” con una ocupación de “técnico en salud animal” (folio 52) y posteriormente en la sustentación del informe, se lee a folio 55 “ocupación actual: **Cesante desde el 06/07/2016**” y en antecedentes laborales se indica que ejerció como vendedor en Agrovet durante 3 años y posteriormente durante 10 años como independiente como “coterero”; y en la sección de “Valoración del Rol Laboral, Rol Ocupacional y otras Áreas Ocupacionales” se califica, en la parte de “Clasificación de las restricciones en el rol laboral”, con un 25.0 al ítem “No existe, la persona permanece en casa o en una institución de cuidado especial”.

Ahora bien, con respecto a las declaraciones recaudadas en el proceso, la señora MYRIAN YELITZA, hija del demandante quien es sucesora procesal de este en razón a su fallecimiento el día 11 de abril de 2019, indicó que el señor PABÓN ARGUELLES presentó sus síntomas durante los años 2015-2016, que le daba mucho dolor abdominal y era difícil para él defecar, se ponía mal; que para él era muy complicado; que cuando le iniciaron los síntomas, él era veterinario, trabajando en el kiosko como independiente.

Indicó que ella no vivía con el demandante, ya que él vivía con su esposa y otros familiares; que iba y lo acompañaba a citas médicas y cuando él estuvo hospitalizado estuvo con él; que el demandante iba a Bucaramanga y algunas veces debía estar allá un mes o dos meses porque le hacían las radioterapias; que luego lo mandaban para Cúcuta, le daban citas en Bucaramanga, se agravaba y lo hospitalizaban 15 o 20 días; que después del 30 de marzo de 2019 estuvo hospitalizado hasta que falleció.

La señora ANA ROSA RIVEROS, esposa del señor PABÓN ARGUELLO, indicó que a este le realizaban las radioterapias en Bucaramanga; que a veces se ponía mal y debía suspenderlas ya que le daba vómito, diarrea, incluso una vez tuvieron que llevarlo a urgencias.

Frente a estas declaraciones es posible afirmar que las mismas no ofrecen a esta Sala la certeza necesaria para afirmar que, en efecto, las cotizaciones realizadas por el actor con posterioridad a su diagnóstico hubieran surgido como fruto de su capacidad laboral residual; esto, en primera medida porque, tal como lo indicó la juez A quo, en la demanda no fue planteado el hecho que el demandante se desempeñara como veterinario en su propio hogar y las señoras MYRIAM YELITZA PABÓN TRUJILLO, hija del demandante y ANA ROSA RIVEROS CONTRERAS, su cónyuge, tienen la calidad de sucesoras procesales de aquel ante su fallecimiento, y por tanto no les es posible crear las pruebas para soportar su propio dicho, dado el interés que tienen en las resultas del proceso.

De otro lado, advierte la Sala, que a excepción de dichas declaraciones, al plenario no fueron allegados elementos de juicio que acreditaran, sin asomo de duda, que el señor PABÓN ARGUELLO con posterioridad a la estructuración de su enfermedad realizara de manera independiente su labor como veterinario, para de esta forma establecer que las cotizaciones realizadas, fueron producto de su capacidad laboral residual.

Incluso, considera esta Sala que en virtud del padecimiento que aquejaba al actor y las consecuencias en su estado físico y anímico, así como los efectos colaterales de la quimioterapia y la radioterapia, difícil resulta que hubiera podido el afiliado mantenerse activo en el campo laboral, incluso desempeñándose desde su hogar; esto, dado que, como la señora ANA ROSA RIVEROS CONTRERAS lo afirma, en algunas ocasiones debía ser llevado a urgencias y se recomendaba suspender su tratamiento, como consecuencia de los dolores, vómito y diarrea que le producía su enfermedad lo cual es palmario que interferirían notablemente en el desarrollo de la labor alegada.

De esta manera, efectivamente resulta inaplicable el precedente que garantiza la posibilidad de contabilizar semanas de manera diferenciada para personas con enfermedades crónicas y degenerativas que demuestran cotizaciones efectuadas con capacidad laboral residual, al no haberse probado este supuesto y, al no encontrarse cubierto el requisito de semanas cotizadas consagradas en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, no es posible acceder a la prestación solicitada, debiéndose CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada proferida por la Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 03 de septiembre de 2020.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000) a cargo de la parte demandante y en favor de la demandada.

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

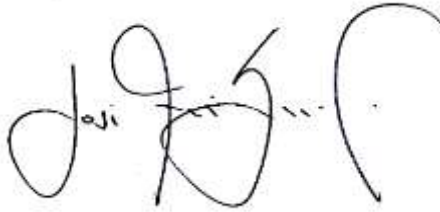
IX. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada proferida por la Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 03 de septiembre de 2020.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la

segunda instancia, la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000) a cargo de la parte demandante y en favor de la demandada.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

RAD: 54-001-31-05-003-2019-00180-01

P.T. No. 19.270

REF: Ordinario

DEMANDANTE: Dolly Belén Sabogal Vergel

DEMANDADOS: Porvenir S.A. y Colpensiones.

En atención al recurso de casación interpuesto por la AFP Porvenir S.A., por tratarse de un asunto donde la pretensión es la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual para retornar al régimen de prima media, cuando la única interesada en recurrir en casación es la AFP a quien se ordenó trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, se ha concluido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia AL5268 de 2021:

“Definido está qué, en oportunidades anteriores la Corporación ha precisado que cuando en esta clase de asuntos la sentencia se restringe a que el fondo privado traslade a Colpensiones los saldos existentes en la cuenta del afiliado, la AFP carece de interés económico para recurrir en casación, por cuanto dichas sumas y los rendimientos financieros que comprende esa medida no hacen parte de su patrimonio, sino que pertenecen a la persona asegurada.

Así, debe entenderse que el único agravio que pudo recibir la parte recurrente fue el hecho de habersele privado de su función de administradora del régimen pensional del demandante y que en ese sentido dejaría de percibir a futuro los rendimientos por su gestión, perjuicios estos que, además, no se evidencian en la sentencia de segunda instancia (CSJ AL, 13 mar. 2012, rad. 53798, CSJ AL3805-2018, CSJ AL2079-2019 y CSJ AL3657-2020). Precisamente, en la primera providencia referida la Corporación señaló:

[...] La carga económica que se impuso a la demandada, con la sentencia proferida por el ad quem se concreta al traslado al I.S.S. del valor de los saldos por concepto de: cotizaciones, rendimientos y bono pensional, que figuren en la cuenta de ahorro individual de la actora.

De cara a la orden impartida por el Tribunal es claro que la demandada no sufre ningún perjuicio económico con la decisión proferida por el ad quem, si se tiene en cuenta que dentro del RAIS el rubro que conforman las cotizaciones, rendimientos y bono pensional, aparecen dentro de la subcuenta creada por el Fondo a nombre de la

demandante al momento de su admisión como afiliada, recursos que si bien deben ser administrados por la entidad recurrente, no forman parte de su patrimonio, por el contrario, corresponde a un patrimonio autónomo de propiedad los afiliados a dicho régimen, que para el presente, dichos recursos pertenecen a la misma promotora del litigio, por ello, es la titular de la subcuenta de ahorro individual, como corresponde a todos los afiliados al RAIS.

Por tanto, los recursos que figuran en dicha subcuenta individual, las efectuó únicamente la demandante, tales como las cotizaciones, rendimientos financieros y bono pensional, que por tratarse de un traslado no hay lugar a redención, y por tanto, continúa a cargo de la oficina de misma O.B.P del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en estricta sujeción al espíritu, características y principios que informan el RAIS; de suerte que la convocada a juicio, no incurre en erogación alguna que sirva para determinar el importe de agravio o perjuicio que la sentencia puede estar ocasionándole. [...]

De acuerdo con lo anterior, y en el entendido de que la recurrente en casación solo trasladará aportes y rendimientos financieros, los cuales no hacen parte de su patrimonio al pertenecer estos a saldos que integran la cuenta de ahorro individual de la persona afiliada provenientes del régimen de ahorro individual, y ello no constituye agravio alguno, no resulta forzoso concluir que carece de interés económico para recurrir.”

Conforme a este precepto jurisprudencial, se advierte que solo cuando el fondo pensional demuestra en el curso del proceso la existencia de un perjuicio concreto a su patrimonio y estima el valor del mismo, es susceptible de conceder el recurso de casación; pues de no hacerlo, se hace improcedente al tratarse de una pretensión declarativa en su contra y cuyo cumplimiento se limita al traslado de aportes y rendimientos de los que no es titular.

Comoquiera que en el sub judice, la recurrente no demuestra perjuicio y/o agravio alguno, no se concederá el recurso de casación impetrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G.

Nidiam Belén Quintero Gelves

José Andrés Serrano Mendoza

José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.

U.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Tercero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54001-31-05-003-2020-00251

Partida Tribunal: 19476

Demandante: NUBIA ESPERANZA CASTILLO PALACIOS

Demandada(o): COLPENSIONES / PORVENIR S.A.

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recursos de alzada presentados por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 01 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado 54-001-31-05-003-2020-00251-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19476 promovido por la señora NUBIA ESPERANZA CASTILLO PALACIOS contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

La demandante NUBIA ESPERANZA CASTILLO PALACIOS demanda a las entidades anteriormente mencionadas para que, previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA, hoy PORVENIR, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen y, en consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y recibir en esa administradora a la demandante sin solución de continuidad, que se condene a las

demandadas al pago por costas y agencias en derecho, y a las facultades extra y ultra petita.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Qué nació el nació el 19 de julio de 1962.
2. Que se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida el día 11 de agosto de 1977, cotizando aportes ante extinto el ISS – hoy Colpensiones un total de 1107 semanas-.
3. Que realiza traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE, S.A., hoy PORVENIR, suscribiendo formato de formulario de traslado, sin recibir información de los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro.
4. Que ha cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos Regímenes más de 1860 semanas.
5. El día 05 de mayo de 2020, el demandado PORVENIR le entregó simulación de su pensión de vejez en el RAIS, la cual arrojó un valor de: OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS M/CTE (\$877.803) GARANTIA DE PENSION MINIMA como mesada pensional a la edad de 57 años.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada **COLPENSIONES, S.A.**, ésta dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en el entendido que la demandante se afilió voluntariamente a PORVENIR, encontrándose incurso en lo establecido por el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, COBRO DE LO NO DEBIDO POR FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA SU RECLAMACIÓN, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE MATERIALIZAR LOS EFECTOS DE LA INEFICACIA CUANDO EL DEMANDANTE YA TIENEN UNA SITUACIÓN JURÍDICA CONSOLIDADA O ADQUIRIÓ EL ESTATUS DE PENSIONADOS EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, PRESCRIPCIÓN Y GENÉRICA.

Por su parte, PORVENIR S.A. indicó que se opone a las pretensiones principales y subsidiarias incoadas por la demandante, ya que en el traslado

efectuado inicialmente no existió vicio alguno que amerite o genere su nulidad o ineficacia y de accederse a las súplicas de la demanda, sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual.

Como excepciones de mérito propuso las excepciones que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O LA GENÉRICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 01 de septiembre de 2021, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora NUBIA ESPERANZA CASTILLO PALACIOS a PORVENIR S.A., por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, el actor nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a la Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas de la demandante, así como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que valide la afiliación del demandante NUBIA ESPERANZA CASTILLO PALACIOS, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por a la Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., para financiar las prestaciones económicas a las que tenga derecho eventualmente la demandante

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a la afiliada al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado. En relación a lo anterior, para el despacho existió una afectación del derecho fundamental de dignidad del trabajador a una vida digna, con una pensión por un valor mucho menor de mantenerse en el régimen, dónde se está saltando la libertad de voluntad de escoger libremente el fondo por la parte interesada del afiliado, que tenía derecho a recibir una información veraz.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la ineficacia del traslado no es procedente por estar fundamentada en la falta de información al afiliado, siendo que la señora NUBIA ESPERANZA CASTILLO PALACIOS estaba capacitada para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen. Señala que han pasado más de 20 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que la accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen. Señaló, también, que el ISS –hoy Colpensiones, no participó en el traslado de régimen de la actora y no tiene ninguna responsabilidad en ese hecho.

Manifestando sobre la obligatoriedad que surge de recibir a la demandante dentro del régimen de prima media, por cuanto esa situación genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que la demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca son suficientes para el otorgamiento de las pensiones, por lo que se genera un desbalance dentro de Colpensiones, situación que se debe cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional faltando menos de los 10 años para adquirir la pensión, transgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100.

PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que se encuentra inconforme con la decisión y solicita que sea revocada en su integridad. Frente a la ineficacia, se reitera totalmente lo expresado en los alegatos. Frente a las condenas del numeral 2, solicitó que sea revocada conforme al artículo 964 del Código Civil inciso final que dice: “En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”. Recalcó que estos frutos, conforme a la Ley 100 del 93, son la retribución por los servicios prestados por la entidad, y se utiliza para cubrir los costos y gastos de la actividad de la AFP. Estos frutos son situaciones jurídicas consolidadas y hechos consumados, por lo que son excepciones al retrotraer los efectos del traslado.

En relación con las primas pagadas por los seguros, informó que estas fueron sumas pagadas a favor de terceros como son las compañías de seguros, quienes prestaron sus servicios, es decir, quienes dieron cobertura durante todo el tiempo que estuvo vigente la filiación de la señora demandante con el fondo; que al ya haber sido pagados, son dineros que son difíciles de restituir por cuanto son unos pagos que se hacen a unos terceros ajenos los fondos, y hay que tener en cuenta que la fuente de esas obligaciones es de carácter legal.

Consideró que este reconocimiento hace que se incurra en un enriquecimiento sin causa y a favor de Colpensiones, entidad que además de recibir los rendimientos va a recibir estas sumas adicionales.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

La apoderada judicial de la demandante alega que, no se dio un CONSENTIMIENTO INFORMADO a la señora NUBIA ESPERANZA CASTILLO PALACIOS, consentimiento que efectivamente debe de estar presente ante una decisión tan trascendental para una persona, como es su futuro pensional, que es el que viene a garantizar la vejez, y calidad de vida de los afiliados, razón por la cual, solicita se CONFIRME en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

El apoderado judicial de PORVENIR ratificó la contestación de la demanda, alegando que para la fecha que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; Que la información efectivamente se brindó, pero de forma verbal. Que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Que, mediante los canales dispuestos por la Administradora y el envío de la información junto con los extractos trimestrales, en el año 2004, PORVENIR S.A. junto con los demás fondos de pensiones realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y el demandante no hizo uso de esa legítimo derecho. “Nadie puede alegar su propia torpeza”. No estuvo conforme con la devolución de los gastos de administración y con la condena en costas procesales.

COLPENSIONES, reiteró los argumentos del recurso de apelación, considerando que no se logró demostrar la indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado del demandante, razón por la cual, no es procedente su declaratoria.

Que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.

Una vez cumplido el término para presentar alegatos, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante NUBIA ESPERANZA CASTILLO PALACIOS en el año 2003 a PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliada con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.
4. Por último, se revisará la condena en costas a Colpensiones.

ANÁLISIS PROBATORIO

A fin de resolver lo anterior, la Sala acatando lo normado en los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S., tendrá como pruebas los documentos debidamente allegados al plenario tanto por la demandante como por las entidades demandadas, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario.

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por la demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez

que su transferencia del ISS a hoy PORVENIR S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento de la señora NUBIA ESPERANZA CASTILLO PALACIOS para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, esta colegiatura precisa que los afiliados al sistema de seguridad social están facultados para escoger libremente a qué régimen se afilian, tal como lo preceptúa el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, en el que va inmerso como principio fundamental el consentimiento libre e informado y, en el evento de que se vislumbre un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será posible declarar la nulidad de tal escogencia.

El artículo 97 de la ley 100 de 1.993, enmarcó a los fondos de pensiones como constitutivos de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, lo que conlleva a la exigencia del cuidado de los intereses de quienes se ligan a ellas, el que inicia desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, dada la confiabilidad de quienes van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o una eventual pensión de sobreviviente para sus beneficiarios.

Por tanto se entiende que, las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones, con fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1.993; así mismo, se advierte, que el deber de información que le impone la ley a las administradoras de pensiones, se entiende como **obligación de carácter profesional** que se materializa a través de expertos en la materia a quienes le corresponde suministrar toda la información necesaria y relevante según sea el escenario en que se encuentra el afiliado o potencial vinculado, lo que implica un asesoramiento desde la antesala de la afiliación y que se extiende a todas las etapas de este proceso hasta que se garantice el disfrute de la pensión.

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 *“por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones”* impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro que el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2.015 y la circular Externa 016 de 2.016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin

ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

Por lo antes mencionado, los fondos de pensiones son entidades con responsabilidades profesionales, aspecto plenamente respaldado en los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 y 1603 de C.C., por su responsabilidad en un tema tan técnico y profesional tienen el deber y la obligación de entregar una información clara y comprensible a las personas interesadas en adquirir sus servicios y afiliarse a las mismas.

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado, no siendo suficiente el simple consentimiento informado expresado en el formulario de afiliación, ya que esto no demuestra que en efecto se cumplió con el deber de suministrar dicha información, demostración está que por demás se encuentra, dentro de un proceso judicial, en cabeza del Fondo de Pensiones, invirtiéndose la carga de la prueba. (Ver sentencias de radicados N° 31989 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicado n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 27 de septiembre de 2017, SL 17595 con radicado n° 46292 de 18 de octubre de 2017, la sentencia SL 2372 con radicado n° 45041 de 23 de mayo de 2018, sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018 y SL 1452 de 2019).

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que el afiliado recibió la información adecuada, suficiente y cierta sobre su traslado, bajo el entendido de que las mencionadas entidades fueron creadas para cumplir un servicio público como lo es la seguridad social, con conocimientos y experiencia que resultan confiables a los ciudadanos quienes les entregan sus ahorros para la previsión a su vejez, invalidez o muerte.

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la

fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales, los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

Y entonces, según lo expuesto, se encuentra en cabeza del fondo de pensiones la obligación de controvertir la declaración de ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que, en su libelo introductorio, la señora NUBIA ESPERANZA CASTILLO PALACIOS afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR, S.A., lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que la demandante NUBIA ESPERANZA CASTILLO PALACIOS ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), y que el 01 de diciembre de 2003, realiza traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, suscribiendo formato de traslado No. 01963645.

Revisando las pruebas allegadas a los autos, se evidencia que si bien en el formato visto a folio 40 de los anexos de la demanda, con fecha de 01 de diciembre del 2003, el cual fue suscrito por la demandante, se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, considera la Sala que estas calidades de la decisión no se encuentran demostradas, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR, S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró a la demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Así las cosas, en efecto, PORVENIR no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular de la demandante.

Reiterándose que, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, a la demandante en todo

lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica como la contenida en la solicitud de vinculación, no es suficiente para inferir que existió una decisión documentada por parte de la actora, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva PORVENIR.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo a la demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PORVENIR, y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual de la demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento (error) por falta de asentimiento informado, no asistiéndole la razón a los recurrentes y quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable a la demandante NUBIA ESPERANZA CASTILLO PALACIOS por lo que, en esta instancia se CONFIRMARÁ lo resuelto por el juez A quo.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el mes de diciembre de 2003, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Además, la mencionada Corporación se pronunció en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *statu quo ante* no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En este mismo sentido, la mencionada Corporación en su sentencia Rad. 31989 del 8 de septiembre, señaló:

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PORVENIR, las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, sumas estas que se encuentran bajo la custodia de las Administradoras, y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Esto fue recientemente establecido por la HCSJ en su Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL2877 de 2020, donde se indicó lo siguiente:

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de

vez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubren a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.”

Así las cosas, no queda otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en cuanto condenó a la demandada a devolver “la totalidad de las cotizaciones recibidas de la demandante, así como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas.”

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

Dicho lo anterior es necesario para esta Sala, pronunciarse respecto de la excepción de prescripción formulada por las demandadas, la cual se procede a denegar su prosperidad bajo los siguientes razonamientos.

La selección de régimen pensional es un acto derivado de la relación de afiliación (artículo 13 de la Ley 100 de 1993, hoy modificado por el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994), de tal suerte que la circunstancias en que se dio el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad de la demandante, precedido del deber del buen consejo por parte de la administradora de pensiones en la oferta precontractual de servicios que en el presente caso no se avizora, fue, en esencia, la forma en que nació a la vida jurídica el HECHO DE LA AFILIACIÓN al régimen de ahorro individual, por lo tanto, esa concreta situación fáctica que resulta inherente a la consolidación del ESTATUS PENSIONAL de la demandante no está sujeta al fenómeno de la prescripción, lo que igualmente se predica de la condición de afiliado y los actos que emanen de tal condición, pues de allí surge el derecho a percibir y disfrutar vitaliciamente de la respectiva pensión.

En ese sentido, podemos concluir que la condición de afiliado y por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional.

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, ha señalado que los elementos consustanciales de la pensión no prescriben, como es el caso, del factor porcentual de la mesada, el salario, los límites temporales del IBL y la indexación, por lo que, la afiliación y cualquier acto derivado de la misma en el sistema pensional, a pesar que no sea un factor cuantitativo del derecho, necesariamente deben calificarse como elementos esenciales de status pensional, porque recuérdese que de la validez jurídica de esos actos deriva no solo el régimen a aplicar al pensionado, sino también a cual la entidad administradora de fondos de pensiones le compete el reconocimiento y pago de una prestación económica.

En suma, al tener la afiliación y sus actos subsiguientes, una estrecha relación con el derecho pensional, valga decir, por ser inherentes al mismo, resulta viable formular los reparos correspondientes en cualquier tiempo, al punto que, si se pensara de forma contraria, ni siquiera sería viable el retorno al régimen de prima media, en el evento en que se cumpla el requisito de permanencia mínima, ni los traslados entre administradoras pensionales.

Es entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas.

Igualmente, este criterio de imprescriptibilidad tiene sustento en argumentos expuestos en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Sala de

Casación Laboral, en providencia STL4593 de 2015, Radicación 39718 siendo magistrado ponente Jorge Mauricio Burgos Ruiz, donde se señaló que la nulidad de traslado sería imprescriptible si estuviera estrechamente ligado con la adquisición del derecho pensional, como derecho fundamental y como prestación económica ligada al mínimo vital y al derecho al trabajo dla demandante, y el mismo estuviere amenazado con la proposición del medio defensivo de la prescripción.

En virtud a lo anterior, esta Sala arriba a la conclusión sobre la imprescriptibilidad del derecho a solicitar la nulidad de la afiliación, si se tiene en cuenta que precisamente la afiliación es la que genera para el afiliado la posibilidad de obtener el derecho pensional, por supuesto, en las condiciones más beneficiosas, por lo que al estar íntimamente ligados, afiliación y status de pensionado, de ambos se debe predicar la imprescriptibilidad para hacer valer tales derechos de forma que se acompasen a la legalidad.

COSTAS PROCESALES

Por último, se rememora que las costas judiciales son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se incluyen: (i) **las expensas**, que son los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso y los causados en el desarrollo de la actuación, pero siempre distintos de los honorarios que se pagan a los abogados, como por ejemplo, la producción de determinadas pruebas, el valor del desplazamiento y el tiempo ocupado por los testigos en su declaración, las copias necesarias para surtir determinados recursos etc., y (ii) **las agencias en derecho**, que consisten en el valor que el juzgador le da al trabajo del profesional del derecho que ha salido avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto dichas entidades fueron vencidas en el proceso, a su cargo deberán imponerse las costas.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A., y en favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN

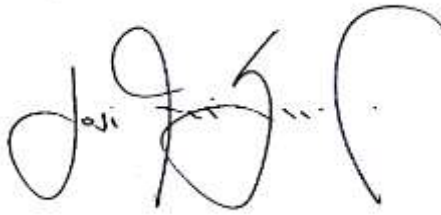
LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 01 de septiembre de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A., y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2021-00074-01
RADICADO INTERNO:	19.629
DEMANDANTE:	STELLA PRADA CLARO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta sobre la sentencia del 06 de diciembre de 2.021 que fue proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora STELLA PRADA CLARO por intermedio de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., solicitando que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuó al RAIS el 1. ° de junio de 1.994 con la afiliación a esta última y se les ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen efectuado, como consecuencia, PROTECCIÓN S.A. traslade al RPMPD administrado COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, esta última la reciba sin solución de continuidad y una vez reciba los aportes, proceda a corregir y actualizar su historia laboral.

Como pretensión subsidiaria solicitó que se declare que la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., con ocasión a la indebida y nula información suministrada al momento del traslado efectuado, le ocasionó perjuicios que deben ser reparados por lo que como indemnización debe reconocerle la pensión por vejez en las mismas condiciones y circunstancias a que tenía derecho si se hubiese pensionado en el RPMPD. A su vez como pretensión subsidiaria a la anterior, solicitó que se ordene a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. a reconocer la diferencia entre el valor de la pensión por vejez que deba ser reconocida por el RAIS, y la mesada pensional que le correspondería en el RPMPD, dineros que deben ser recibidos mediante un cálculo actuarial, o de manera mensual con la mesada pensional de forma vitalicia.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que nació el 01 de diciembre de 1.963 y cumplió la edad mínima requerida dentro del RPMPD para acceder a la Pensión de Vejez, el mismo día y mes del año 2.020.

- Que se afilio al RPMPD el 01 de abril de 1.984, al cual cotizó un total de 475 semanas por medio de diversos empleadores.
- Que el 01 de junio de 1.994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a PROTECCIÓN S.A., fondo en el cual se encuentra afiliada, donde ha cotizado más de 1.290. Por lo anterior, a la fecha de presentación de la demanda ha cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos Regímenes más de 1.765 semanas.
- Que la aparente decisión libre y voluntaria de traslado de régimen, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad.
- Que el 05 de enero de 2.021 la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. le entregó la simulación de su pensión de vejez en el RAIS, la cual arrojó un valor de: UN MILLON CIENTO OCHENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS OCHO PESOS M/CTE (\$1.181.408) como mesada pensional a la edad de 57 años y el mismo día le expidió la simulación de su pensión de vejez en el RPMPD, conforme a su Historia Laboral su IBL del promedio de los últimos 10 años cotizados es de \$5.085.483, suma que aplicándole una tasa de reemplazo del 62.7%, arroja para esa anualidad una mesada pensional en COLPENSIONES de aproximadamente TRES MILLONES CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y UN PESOS M/CTE (\$3.188.661).
- Que elevó derecho de petición al Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. el 15 de diciembre de 2.020, solicitando la nulidad del traslado de régimen, información de la afiliación y simulación de la proyección pensional en ambos regímenes y el 16 de diciembre de 2.020 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y que procediera a afiliarla sin dilaciones, petición que le correspondió el radicado 2020_12887532.

La demandada AFP PROTECCIÓN al contestar la demanda, a través de apoderado judicial manifestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a fecha de nacimiento y edad de la demandante, las semanas cotizadas en el RAIS, que esa entidad entregó el 05 de enero de 2.021 a la actora la simulación de vejez en el RAIS por valor de \$1.181.408 como mesada pensional a la edad de 57 años, que en la misma fecha le expidió simulación de su pensión de vejez en el RPMPD y que la señora PRADA CLARO presentó derecho de petición ante esa entidad el 15 de diciembre de 2. 020 solicitando la nulidad del traslado de régimen, información de la afiliación y simulación de la proyección pensional en ambos regímenes. También manifestó que el traslado fue libre y voluntario y que los demás hechos no le constan.
- Que se opone a las pretensiones pues todas las actuaciones de la AFP estuvieron sometidas al imperio de la ley y solo se puede reconocer prestaciones respaldadas por los presupuestos legales, resaltando que la afiliación a su entidad viene precedida de una asesoría profesional y transparente suministrada por agentes con capacitación y exposición a un estudio profundo del sistema general de pensiones. Respecto a las pretensiones subsidiarias relacionadas a indemnización de perjuicios indicó que se opone pues los mismos no fueron acreditados.
- Que el RAIS es un sistema reglado en la ley y no puede alegarse desconocimiento para afirmar que hubo inobservancia y transgresión al deber de información según lo contemplado en el artículo 9. ° del Código Civil.
- Que cuando se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige, solo el formulario de afiliación como única prueba solemne, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1.994, en concordancia con el artículo 3 de esta norma.
- Que el término para ejercer la acción de nulidad de la afiliación se encuentra prescrito en los términos del artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002, pues desde la fecha de traslado de régimen

a la de presentación de la demanda, han transcurrido más de 24 años y la acción ordinaria de nulidad invocada prescribe en el término de 10 años.

- Propuso como excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de obligación de devolver la comisión de administración y el descuento de seguro previsional y la innominada.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que admitía los hechos relacionados a fecha de nacimiento de la actora y que el 16 de diciembre de 2.020 presentó ante esa entidad el traslado de régimen. Indicó que no admite los hechos relativos a afiliación de la demandante al RPMPD, las semanas que cotizó a dicho régimen y su traslado al RAIS, pues no se allegó prueba de afiliación al régimen que administra y el expediente administrativo de la actora no contiene ningún documento que acredite alguna relación con dicho régimen, por lo que se deduce que jamás ha estado afiliada al RPMPD. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan.
- Que se opone a la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues goza de plena validez, teniendo en cuenta que el demandante realizó su afiliación al RAIS de manera voluntaria y autónoma, firmando formulario de afiliación al fondo privado en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido esa entidad. Que la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial.
- Que no se opone a las pretensiones subsidiarias por estar dirigidas exclusivamente a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A.
- Expuso que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.
- Señaló que a pesar de que los fondos privados trasladen la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que este permaneció afiliado al mismo, se genera una afectación al sistema pensional y se atenta contra la estabilidad de este, y según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría. También indicó que se transgrede lo ordenado por la ley 100 de 1993 en su artículo 13 que solo permite trasladarse antes de los 10 últimos años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.
- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que la posición jurisprudencial invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, por lo que creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso, y ya que los fondos de pensiones no han podido acreditar la exigencia probatoria de la suficiencia de la información suministrada al momento del traslado puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, los fallos judiciales en la actualidad se expiden en contra de dichas entidades y de manera colateral afectan los intereses de Colpensiones.
- Manifestó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 373-2021, moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de

pensionados en el régimen de ahorro individual, respecto de quienes se produce la imposibilidad de retornar al estatus quo anterior.

- Propuso las excepciones de mérito de: inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de materializar los efectos de la ineficacia cuando el demandante ya tiene una situación jurídica consolidada o adquirió el estatus de pensionado en el régimen de ahorro individual, prescripción y la innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 06 de diciembre de 2.021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERA: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas en la forma explicada en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora ESTELLA PRADA CLARO a PROTECCIÓN SA y en consecuencia declarar que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a la administradora de fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones recibidas por el demandante en la cuenta de ahorro individual, así como aquellas sumas que percibió por conceptos de gastos de administración, rendimiento financiero, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro provisional con cargo a sus propias utilidades.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que valide la afiliación de la demandante ESTELA PRADA CLARO, reciba e incorpore a su historial los aportes que sean remitidos por PROTECCIÓN SA, para financiar las prestaciones económicas del régimen de prima media.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas.

SEXTO: CONSULTAR esta providencia a favor de COLPENSIONES.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

La Jueza de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

Que se debe establecer si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora desde el RPMPD al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia de ello, si hay lugar a condenar a esta última entidad a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, la totalidad de los ahorros de la cuenta individual de la demandante, incluyendo intereses, rendimientos financieros, comisiones, bono pensional, aportes al fondo de solidaridad pensional y descuentos por concepto de seguro previsional. E igualmente definir si la demandante debe entenderse afiliada sin solución de continuidad al RPMPD como consecuencia de la ineficacia del traslado.

Destacó como hechos demostrados: que la demandante nació el 1. ° de diciembre de 1.963 de acuerdo a su copia de cedula de ciudadanía, por lo que cumplió la edad para pensionarse en el RPMPD en el año 2.020; que conforme a la historia laboral obrante a folios 09 a 26 del archivo 01 del expediente, la actora cotizó al RPMP 475.14 semanas y en el RAIS 1.200 (sic), para un total de 1.765 semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones; que conforme a solicitud de vinculación N°

37743 del 27 de mayo de 1.994 la demandante se trasladó desde el RPM al RAIS a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. para el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1.994.

Advirtió que el traslado de la demandante del RPMPD al RAIS se dio el 27 de mayo de 1.994, época en la cual las administradoras de fondos de pensiones tenían el deber de información necesaria, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1.993, deber que se concreta con lo explicado en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1688 de 2.019, correspondiéndole a la AFP del RAIS en los casos en que se pretende la declaratoria de la ineficacia del traslado por falta de información, en virtud de lo establecido en el artículo 167 del C.G.P., demostrar que actuó de forma diligente y cuidadosa, y correlativamente cumplió con la obligación de suministrar al afiliado la información clara, suficiente y precisa para que tomara libremente la determinación del cambio de régimen, debiendo concretarse la manifestación del derecho según lo indicado en la sentencia SL1688, a libre elección en el verdadero conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su decisión y no con la simple suscripción de un formulario preexistente, pues esto no es prueba suficiente para acreditar la validez del traslado.

Señaló que PROTECCIÓN S.A. tenía la obligación de demostrar que al momento del traslado entre regímenes de la actora, le suministró información clara, suficiente y precisa sobre las consecuencias positivas y negativas de la decisión, debiendo existir una certeza de la afiliada sobre la incidencia de este, sin embargo, la única prueba que obra en el expediente es la solicitud de vinculación, por lo que no cumplió con el deber contemplado en el artículo 167 del C. G del P., lo que trae como consecuencia la declaratoria de la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la ficción jurídica de que siempre estuvo en el RPMPD.

También indicó respecto a la excepción de imposibilidad de materializar los efectos de ineficacia cuando el demandante ya tiene una situación jurídica consolidada o adquirió el estatus de pensionado en el régimen de ahorro individual, que fue formulada por COLPENSIONES, que la demandante al momento de rendir el interrogatorio de parte manifestó que finalizó su vinculación laboral y además cumplió en el año 2.020 la edad de 57 años, sin embargo, precisó que no accedió al reconocimiento de una vejez en el RAIS. Que respecto a la causación del derecho a pensión de vejez en el RAIS la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1168 del 2.019 precisó, que no hay condición alguna a la edad de los afiliados y depende de la voluntad de estos y del capital que hayan ahorrado en su cuenta que sea suficiente para obtener el reconocimiento de una pensión equivalente al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, por lo que en este caso no hay impedimento para que la actora tenga derecho a la declaratoria de ineficacia en virtud de la cual se retorne al RPMPD, debido a que no ha mediado su voluntad para que le sea reconocida ante el RAIS una pensión de vejez y tampoco hay prueba alguna que acredite que esta tenga derecho a una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente o que haya accedido a la garantía de la pensión mínima dentro de este régimen de transición, por lo que se declara no probada la excepción..

Declaró no probada la excepción de prescripción, señalando que tal fenómeno no afecta la ineficacia del traslado debido a que este tiene el carácter de imprescriptible por corresponder a un estado jurídico de conformidad con lo explicado en la sentencia SL1688 de 2.019. Que frente a las excepciones de inexistencia de obligación de devolver el seguro previsional y las comisiones cuando se declara la ineficacia del traslado, propuestas por PROTECCIÓN S.A., se acoge a lo explicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 DE 2.020.

Estableció que, como consecuencia de la ineficacia del traslado, la AFP PROTECCIÓN S.A. está obligada a devolver a COLPENSIONES las cotizaciones recibidas de la demandante, así como las sumas percibidas por conceptos de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional, con cargo a las propias utilidades de la AFP. Que igualmente se ordenara a COLPENSIONES que valide la afiliación de la demandante al RPMPD.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que hay varios elementos que demostraron que no hubo indebida, insuficiente información o cualquier tipo de engaño al momento de realizarse el traslado de régimen por parte del demandante, ya que la demandante firmó el formulario de afiliación que dio origen al traslado al RAIS de forma libre, espontánea y sin presiones, nunca realizó averiguaciones respecto a sus condiciones pensionales en el término otorgado por la normatividad para retornar a COLPENSIONES y permaneció en el RAIS por más de 20 años, situación que puede dar cuenta de su deseo de permanencia en este régimen, aunado a que la actora ya se encontraba realizando las gestiones para recibir su derecho pensional pero cuando PROTECCIÓN le dio el valor a recibir, se retracta del mismo.
- Que el deseo de traslado de la demandante a COLPENSIONES obedece al monto pensional y no por un tema relativo de información al momento de la asesoría, ya que en el interrogatorio de parte manifestó que desea trasladarse porque se va a pensionar con un monto inferior en PROTECCIÓN, lo que no es un argumento válido conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ya que el sustento de la ineficacia debe estar basado en una falta al deber de información, lo que no quedo demostrado en el proceso.

3.2 De la parte demandada PROTECCION:

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Considera que no es procedente ordenar la devolución íntegra de todos los dineros incluyendo gastos de administración y seguro previsional, que fueron cobrados por disposición legal para el funcionamiento de la actividad de aseguradora y se trata de situaciones ya acaecidas, no siendo dable devolver los gastos de administración pues se estaría desconociendo el trabajo que ha desplegado la administradora desde hace muchos años, vulnerándose el derecho a las restituciones mutuas con sus frutos, intereses y mejoras, así como la igualdad de trato en el marco de la relación contractual y que tampoco se deben devolver el valor correspondiente al seguro previsional, pues fue girado directamente a la administradora prestadora del servicio que es un tercero de buena fe.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, se presentaron los alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

• Demandante:

La apoderada judicial de la señora STELLA PRADA CLARO solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta el artículo 13 de la Ley 100, que destaca en su literal b) que la afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria, pues de lo contrario «la afiliación respectiva quedará sin efecto», la cual debe ser precedida de información clara, tal y como ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia y el artículo 271 ibidem.

Que el traslado de la actora se dio sin consentimiento informado, el cual efectivamente debe de estar presente ante una decisión tan trascendental para una

persona, como es su futuro pensional, que es el que viene a garantizar la vejez, y calidad de vida de los afiliados. Que respecto a la falta de información existe importante jurisprudencia y en la misma línea por parte de la Corte Suprema de Justicia desde 2.008 y hasta el 2.020, donde se ha venido ampliando y reiterando en debida forma, que la suscripción del formulario de afiliación por parte de afiliado por sí solo, no es prueba de que se realizó una debida asesoría y que la Corte ha establecido que la carga de la prueba en estos casos es del fondo privado teniendo en cuenta la profesionalización del mismo para esos temas.

• Demandado:

La apoderada de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia proferida en primera instancia y se absuelva a su representada de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando que la actora solicitó la nulidad de traslado al RAIS argumentando que hubo una indebida información al momento de realizarse y este acto no corresponde a su representada y no tuvo conocimiento del mismo y simplemente acató la voluntad del demandante de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad.

Que, a lo largo del debate probatorio llevado a cabo en la primera instancia, no se logró demostrar esa indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado del demandante, razón por la cual, no es procedente su declaratoria y el mismo se realizó bajo el derecho a la libre elección de régimen que le asiste al actor y que se consagra en el artículo 48 Ley 1328 del 2.009.

Que la Corte ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional y que la facultad de migrar de un régimen pensional a otro surge por disposición del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2.003, que persigue el objetivo de evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto de la Jueza de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por la señora STELLA PRADA CLARO del RPMPD al RAIS por medio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado implica la devolución de la totalidad de las cotizaciones realizadas por la demandante, así como aquellas sumas que la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. percibió por conceptos de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional con cargo a sus propias utilidades.?

8. CONSIDERACIONES:

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si el traslado de la señora STELLA PRADA CLARO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó en el año 1.994, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y la orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES, pues esto implicaría que la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD.

Al respecto la Jueza A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que la jurisprudencia ha identificado claramente que, desde su nacimiento, las A.F.P. tenían el deber de suministrar información suficiente para que el consentimiento fuera realmente libre y voluntario, lo que no se demuestra con la sola suscripción del formulario, por lo que en ausencia de otra prueba accede a las pretensiones y ordena la devolución de los aportes con todos los valores descontados.

A esta conclusión se opuso PORVENIR S.A. alegando que no es procedente devolver conjuntamente los valores descontados por seguro previsional y la comisión de administración, por tratarse de prestaciones acaecidas, porque se desconocería el trabajo realizado por esa administradora y se vulnerarían los derechos de restituciones mutuas e igualdad de trato en la relación contractual, así como los derechos de la aseguradora que es un tercero de buena fe.

Por su parte Colpensiones manifestó que se demostró que no hubo insuficiente información al momento de realizarse el traslado de régimen por parte del demandante y su deseo de traslado al RPMPD obedece a un monto pensional.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Para que un traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual adquiera plena determinación, dicha actuación debe contener un pleno acatamiento de este deber para que de esa decisión se pueda predicar la libertad y voluntariedad exigida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia sentada desde el año 2008 ha determinado que previo a su decisión, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar, porque de no ser así, bien por brindarse una incorrecta u omitirse la relevante, puede entenderse que existe un error que vicia su voluntad. En otras palabras, es posible predicar la ineficacia de la vinculación al RAIS por un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las

obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1° del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”*.

Prosigue la Corte identificando las normativas de diversa índole que se han proferido desde entonces para garantizar el cumplimiento de este deber a favor de los afiliados, imponiendo 3 puntos fundamentales:

(i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber *“de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“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**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”*, de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento*

informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” y por lo tanto “si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”, máxime cuando el deber de información “es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PROTECCIÓN S.A.; pues argumenta el demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

La demandante manifestó que el 01 de abril de 1.984 se afilió al RPMPD y el 01 de junio de 1.994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a PROTECCIÓN S.A, sin la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió. Que el 15 de diciembre de 2.020 solicitó a PROTECCIÓN la nulidad de traslado de régimen y el día 16 del mismo mes y año, solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen.

Del expediente se puede evidenciar que la actora se encontraba afiliada al RPMPD desde el 24 de abril de 1.984 donde cotizó un total de 475,14 semanas, y en junio de 1.994 se trasladó al RAIS con afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A que se realizó con solicitud de vinculación N° 37743 del 27 de mayo del mismo año.

Se resalta que aparte del formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. de fecha 27/05/1.994, no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento del traslado de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora STELLA PRADA CLARO no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de una ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PROTECCIÓN S.A brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el 01 de junio de 1.994, se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía el referido con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PROTECCIÓN S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó prueba alguna que lo confirmara, ya que con las aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente,

suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a STELLA PRADA CLARO donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

Por otra parte, sobre la prescripción alegada por las demandadas, se advierte que, al tratarse el presente asunto de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su íntegro reconocimiento. Por lo tanto, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en los fondos privados por cambio de régimen pensional no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada.

Así lo ha expresado en diversos pronunciamientos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluye por ejemplo en providencia SL361 de 2019 que *“la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada”*; por lo que esta excepción no está llamada a prosperar.

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta de la actora, se ha concluido que PROTECCIÓN S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: *«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»*, por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver completamente todas las prestaciones que recibieron de la afiliada, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de la Administradora y no de la aseguradora, para quien la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Esto ha sido recientemente reiterado por la Sala de Casación Laboral en proveído SL2877 de 2020, donde se dijo:

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante** en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, **incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.***

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que PROTECCIÓN S.A. y PROTECCIÓN S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar **los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**”*

Por lo anterior, los aportes deben ser trasladados a plenitud a COLPENSIONES, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1.994 en esa entidad, lo que desestima el argumento de que generaría una descapitalización del sistema.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

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

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien, al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además que PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por la Jueza Tercera Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 06 de diciembre de 2021; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 06 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

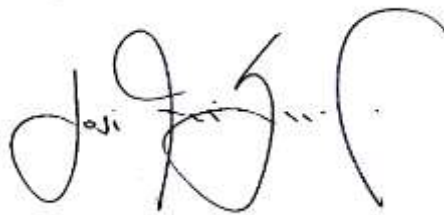
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

RAD: 54001-31-05-004-2012-00263-01

REF: PROCESO ORDINARIO

DEMANDANTE: Edna Cecilia Pacheco Cáceres

DEMANDADOS: ISS En Liquidación

PT 19372

Se abstiene el Despacho de acceder al pedido de corrección emanado del contenido del memorial recibido en el buzón electrónico atendiendo a que ninguna de las circunstancias fácticas previstas en la norma (artículo 286 CGP). En su lugar, y al advertir que por un error involuntario se publicó la sentencia adoptada en segunda instancia sin fecha, se procede a precisar que para todos los efectos legales y de índole procedimental, se entenderá que la misma corresponde al 30 de septiembre de 2021, día anterior a la data de anuncio por el respectivo estado. Esto, conforme a lo establecido en el artículo 295 del Código General del Proceso, normativa que resulta aplicable al trámite laboral por analogía dispuesta en el 145 del CPT y de la SS.

NOTIFÍQUESE

Una firma manuscrita en tinta negra, que parece ser "Elver Naranjo", sobre un fondo blanco. La firma es fluida y estilizada, con una gran 'X' o 'N' que se extiende hacia la derecha.

ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.

Una firma manuscrita en tinta azul, que parece ser la del secretario, sobre un fondo blanco. La firma es fluida y estilizada, con una gran 'S' o 'A' que se extiende hacia la derecha.

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Proceso: Ejecutivo- Sentencia-

Rad. Juzgado. 54-001-31-05-004-2013-00345-00

Partida Tribunal: 19570

Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta

Ejecutante: Jorge Gómez Sanjuan

Ejecutado: CONSERVICIOS S.A.S en liquidación Tejar Santa Teresa

Asunto: Apelación de Auto-

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la decisión tomada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de julio de 2021, dentro del proceso ejecutivo laboral Radicado N.º 54-001-31-05-004-2013-00345-00 y Partida de este Tribunal N.º 19570, promovido por el señor JORGE GÓMEZ SANJUAN mediante apoderado judicial, en contra de CONSERVICIOS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN TEJAR SANTA TERESA.

I. ANTECEDENTES

El señor JORGE GÓMEZ SANJUAN presentó solicitud de librar mandamiento de pago contra CONSERVICIOS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN TEJAR SANTA TERESA, siendo el título ejecutivo la sentencia de primera instancia proferida en segunda instancia por esta Sala Laboral el día 14 de marzo de 2018.

El juzgado de primera instancia por decisión de fecha 22 de agosto de 2018 (folios 314-315 del expediente) procedió a librar mandamiento de pago a favor de la ejecutante y cargo de la ejecutada, por las siguientes sumas: \$28'827.972,42, por concepto de lucro cesante consolidado, \$160'556.026,49, por concepto de lucro cesante futuro, \$30'000.000,00, por concepto de perjuicios morales, \$10'969.199,00 por concepto de liquidación de costas primera instancia proceso ordinario, \$5'484.560,00 por concepto de liquidación de costas segunda instancia proceso ordinario.

No libró mandamiento de pago por los intereses y la indexación solicitada por cuanto no fueron objeto de condena.

DECRETÓ el embargo y secuestro de los bienes muebles y enseres de propiedad de la demandada TEJAR SANTA TERESA S.A., que se encuentren ubicados en el KILOMETRO 7, de la autopista vía al Municipio del Zulia, o en el lugar que indique la parte actora al momento de la diligencia, para lo cual se ordena comisionar al señor JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL DEL ZULIA, a quien se le conceden amplias facultades para designar secuestre y para su comisionar.

DECRETÓ el embargo y secuestro de los siguientes bienes inmuebles, denunciados bajo la gravedad del juramento como de propiedad del demandado TEJAR SANTA TERESA S.A.: a.- Inmueble identificado con MATRICULA INMOBILIARIA No. 260-242034, ubicado en la calle 6N y 5BN, Av. 3E y 1AE de la urbanización La Ceiba, Lote 1 de esta ciudad. b.- Inmueble identificado con MA RICULA INMOBILIARIA No. 260-77137, ubicado en Miraflores, paraje pico de Águila o el Rodeo de esta ciudad. No decretar las demás medidas Cautelares solicitadas por el apoderado actor, por considerarlas excesivas, sin perjuicio de las que posteriormente se decreten, según los resultados obtenidos.

Mediante auto de fecha **12 de octubre de 2018** visto a folio 335 y vuelto del expediente, el Juez A quo, ante el silencio de la parte ejecutada, Ordenó seguir adelante con la ejecución, de conformidad con lo previsto en el Art. 440 del C.G.P., condenó en costas al ejecutado fijando las agencias en derecho se fijan en un 5% del valor del crédito cobrado, por cuanto no dio cumplimiento al pago de las condenas impuestas, requirió a las partes para que presentaran la liquidación del crédito según lo previsto en el art. 446 del CGP, y reiteró que los intereses y la indexación no fueron objeto de condena, entre otros.

El apoderado judicial del ejecutante, presentó la liquidación del crédito el 23 de octubre de 2018 (fls.336-337), en la suma de \$247'669.645,005.

II. AUTO OBJETO DE IMPUGNACIÓN.

En auto del 30 de julio de 2021, el Juez A quo estudió la liquidación del crédito, en el que sostuvo, que en ella se incluían las costas del proceso ejecutivo, lo cual consideró improcedente teniendo en cuenta que no han sido tasadas en la presente actuación, razón por la que, modificó el valor de la liquidación allegada por la parte actora que totalizó \$247.669.645 y le restó la suma de \$11.791.887 por concepto de costas en el proceso ejecutivo, para un total real de \$235.877.757.91 de conformidad con el art. 466 numeral 3º del C.G.P. (sic).

En razón de lo anterior, RESOLVIÓ:

“1.) MODIFICAR el valor de la liquidación del crédito en la suma de \$75.787.716.00 y se imparte aprobación a la misma. Conforme a lo considerado.

2.) COMISIONAR para la práctica de la diligencia del secuestro a la secretaria de Gobierno de la Alcaldía Municipal de San José de Cúcuta. Conforme a lo considerado”.

III. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado judicial del ejecutante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, considerando que, los valores y sumas objeto de liquidación, no corresponden a lo que señala la parte motiva con la parte resolutive del auto, *“y menos aún a los valores establecidos sentencia de segunda instancia, que revoca la sentencia de primera instancia proferida en su momento por el operador judicial a cargo de este Despacho, por lo que, se hace necesario se sirva reponer dicha providencia o en su defecto conceder el recurso de apelación a efectos de que el superior resuelva lo pertinente”*.

Sostiene que, respecto al ordinal 2º del auto, la norma que menciona el Juez no tiene numerales sino incisos, además, asegura que la norma hace referencia a una situación diferente al asunto objeto del inciso sobre el cual se sustenta con dicha disposición, por lo que, se solicita se sirva aclarar dicho sustento jurídico.

IV. CORRECCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez A quo mediante auto del 19 de octubre de 2021 (PDF12), corrigió el error cometido en la parte considerativa del auto anterior, en cuanto a la disposición normativa, siendo el correcto el Art. 446 numeral 3. Del C.G.P., de conformidad a lo establecido en el Art. 285 ibidem, aplicable por principio de integración normativa Art. 145 del C.P.T.S.S., sin embargo, respecto al ORDINAL PRIMERO de la providencia fechada el 30 de julio de 2021, rechazó el recurso de reposición por extemporáneo, ya que el mismo fue publicado el 2 de agosto de 2021 y el recurso fue presentado el 06 de agosto de 2021.

V. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso concluir que la providencia apelada es susceptible de tal recurso, según lo dispuesto en el numeral 10º del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto *“(…) el que resuelva sobre la liquidación del crédito en el proceso ejecutivo.”*

Como viene de verse, en el presente caso la parte ejecutante solicita que, se determine en debida forma, el valor por el cual debe ser aprobada la liquidación del crédito, porque considera, que el Juez A quo se equivocó en los valores que dispuso en la parte considerativa en relación a la determinada en la parte resolutive, luego entonces, **el problema jurídico** a resolver se reduce a verificar si se mantiene la liquidación del crédito en el monto aprobado por el Juzgado, o se modifica como lo advierte la parte la ejecutante.

Lo primero que quiere resaltar la Sala es que la liquidación del crédito tiene un momento preciso en el trámite del proceso ejecutivo, que es el que señala el artículo 446 del CGP, esto es, ejecutoriado el auto que ordene seguir adelante la ejecución, o notificada la sentencia que resuelva sobre las excepciones, cuando ellas no sean totalmente favorables. Y allí mismo se prevé el trámite a seguir, la legitimación para presentarla, el traslado, la forma de objetarla y la decisión que debe adoptar el juez.

En igual sentido, el art. 440 del CGP prevé:

ARTÍCULO 440. Cumplida la obligación dentro del término señalado en el mandamiento ejecutivo, se condenará en costas al ejecutado, quien, sin embargo, podrá pedir dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que las imponga, que se le exonere de ellas si prueba que estuvo dispuesto a pagar antes de ser demandado y que el acreedor no se allanó a recibirle. Esta petición se tramitará como incidente que no impedirá la entrega al demandante del valor del crédito.

Si el ejecutado no propone excepciones oportunamente, el juez ordenará, por medio de auto que no admite recurso, el remate y el avalúo de los bienes embargados y de los que posteriormente se embarguen, si fuere el caso, o seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, practicar la liquidación del crédito y condenar en costas al ejecutado.

Caso en concreto.

En virtud de lo expuesto y conforme a lo narrado en precedencia, la Sala considera que, la argumentación del Juez de primera instancia para modificar la liquidación del crédito restándole el valor de las costas procesales, es acertada y se ajusta a la normatividad aplicable, ya que, de conformidad con el art. 366 del C.G. del P., las costas y agencias en derecho deben ser liquidadas de manera concentrada en el Juzgado, **inmediatamente cuando quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso.**, siendo de esta forma, la liquidación del crédito una regulación especial donde sólo puede identificarse la obligación a pagar dispuesta en el título ejecutivo, que como se explicó, la parte ejecutada no propuso excepciones al libramiento del pago ni a la liquidación prestada por el ejecutante durante el término legalmente previsto para ello.

Así las cosas, a pesar de la existencia de un error meramente numérico en la parte resolutive de la providencia de primera instancia, los argumentos expuestos por el A quo en la parte considerativa son acertados, de manera que, en esta instancia, SE **CONFIRMARÁ** la decisión, pero MODIFICÁNDOLA en el sentido de APROBAR la liquidación del crédito correspondiente a **\$235.837.757.91** discriminado en las siguientes sumas:

- \$28'827.972,42, por concepto de lucro cesante consolidado,
- \$160'556.026,49, por concepto de lucro cesante futuro,
- \$30'000.000.00, por concepto de perjuicios morales,
- \$10'969.199,00 por concepto de liquidación de costas primera instancia proceso ordinario.
- \$5'484.560,00 por concepto de liquidación de costas segunda instancia proceso ordinario.

Sin que sea procedente sumarle el 5% del valor del crédito, esto es, \$11.791.887.89, por cuanto a pesar de que el Juez en el auto del 12 de octubre de 2018, fijó las agencias, la liquidación de las costas del proceso ejecutivo aún no han sido establecidas.

Sin condena en costas en esta instancia por haber prosperado el recurso de alzada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por intermedio de su Sala de Decisión Laboral,

VI. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 30 de julio de 2021, **MODIFICÁNDO** el ORDINAL PRIMERO en el sentido de, **APROBAR** la liquidación del crédito, correspondiente a **\$235.837.757.91**., discriminada en:

- \$28'827.972,42, por concepto de lucro cesante consolidado,
- \$160'556.026,49, por concepto de lucro cesante futuro,
- \$30'000.000.00, por concepto de perjuicios morales,
- \$10'969.199,00 por concepto de liquidación de costas primera instancia proceso ordinario.
- \$5'484.560,00 por concepto de liquidación de costas segunda instancia proceso ordinario.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**

Cúcuta, Veintinueve (29) de Abril de Dos Mil Veintidós (2022)

PROCESO:	EJECUTIVO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2017-00116-02
RADICADO INTERNO:	19.468
DEMANDANTE:	RAQUEL CABALLERO DE RINCÓN
DEMANDADO:	COLPENSIONES

**MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala, dentro del proceso EJECUTIVO A CONTINUACIÓN de proceso ordinario laboral promovido por RAQUEL CABALLERO DE RINCÓN contra COLPENSIONES y CLARA SUSANA OROZCO MONOGA, radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2017-00116-02, y radicación interna N° 19.468 de este Tribunal Superior para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra del auto del 17 de junio de 2021 que resolvió librar orden de pago a cargo de Colpensiones, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora RAQUEL CABALLERO DE RINCÓN, mediante apoderado judicial, presentó demanda ejecutiva laboral a continuación del proceso ordinario, contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, pretendiendo se libre por parte del juzgado mandamiento de pago por concepto de las condenas impuestas en sentencias de primera y segunda instancia, correspondiente a la pensión de sobrevivientes, las mesadas adicionales, indexación y por las costas causadas por el presente proceso.

Como base del recaudo ejecutivo, lo constituyen las sentencias de primera y segunda instancia, la primera proferida en audiencia celebrada el 15 de noviembre de 2018, donde se condena a la ejecutada a reconocer y pagar a la ejecutante la pensión de sobrevivientes, a partir del 3 de marzo de 2014, fecha desde la cual no hay prescripción, en cuantía al salario mínimo legal para cada año, junto con los reajustes de ley, las mesadas adicionales e indexación, y condena en costas a la ejecutada. La segunda instancia proferida en audiencia celebrada el 20 de marzo de 2020, confirma lo resuelto y adiciona la liquidación de retroactivo pensional. Devuelto el proceso al Juzgado, se aprobó la liquidación de costas y el 15 de diciembre de 2020 se emitió constancia de copias auténticas y constancia de ejecutoria del proceso judicial, lo cual fue radicado con solicitud de pago ante COLPENSIONES el 8 de enero de 2021 sin que a la fecha hayan dado cumplimiento al fallo.

2. AUTO IMPUGNADO

Por lo anterior, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante auto de fecha 17 de junio de 2021, libra mandamiento de pago a cargo de la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a favor de la señora RAQUEL CABALLERO DE RINCÓN, por la suma de \$80.996.449 correspondiente al retroactivo pensional causado 03/03/2014 a febrero del 2021, más las que se siguieren causando hasta el momento real y efectivo de su pago y niega librar por las costas al ya encontrarse canceladas; contra esta decisión la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación, el cual es objeto del presente estudio.

3. RECURSO DE APELACIÓN

La parte ejecutada presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión, señalando que la decisión del juez *a quo* de librar orden de pago a favor de RAQUEL CABALLERO DE RINCÓN y en contra de COLPENSIONES, es contraria a la Ley por cuanto no se ha agotado el término de Ley de 10 meses desde la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, destacando que acorde al artículo 307 de la Ley 1564 de 2012, en aplicación sistemática de los artículos 38 y 39 de la Ley 489 de 1998, COLPENSIONES hace parte de la Rama Ejecutiva y la Nación es garante de sus recursos, siendo aplicable entonces el término para hacer efectivas las sentencias en su contra, por lo que estima hay carencia del título ejecutivo por falta de requisitos formales. .

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida, las partes presentaron sus alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

• **PARTE DEMANDANTE:** No presentó alegatos.

• **PARTE DEMANDADA:** La apoderada de COLPENSIONES, manifestó que mediante la resolución SUB 265200 del 11 de octubre de 2021 dio cumplimiento al fallo judicial y procedió a reconocer la pensión de sobrevivientes, debiendo poner dicho acto administrativo a conocimiento del Juzgado para proceder al pago del título judicial que cubre el retroactivo pensional.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

6. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los antecedes anteriores, es preciso concluir que la providencia apelada es susceptible de tal recurso, según lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto “(...) *que decida sobre el mandamiento de pago.*”

Como viene de verse, en el presente caso Colpensiones interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 17 de junio de 2021, manifestando que la orden de librar mandamiento de pago es contraria a la Ley por cuanto no se ha agotado el término de 10 meses del que goza COLPENSIONES para el pago de las sentencias, debido a su connotación y al manejo del gasto público, como entidad del sector descentralizada por servicios que compone la Rama Ejecutiva y ser la Nación garante de sus recursos.

En esa medida, la controversia en el presente asunto y sobre la cual impugnó la entidad demandada, hace referencia a la falta de exigibilidad de título fundamento del proceso ejecutivo.

A fin de resolver el anterior planteamiento vemos que el artículo 422 del C.G.P. refiere: *“Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.”*

Sin embargo, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social no establece en su normatividad el procedimiento para ejecutar a una entidad descentralizada como lo es COLPENSIONES bajo el entendido de ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado (artículo 275 de la Ley 100 de 1993); por ello, cuando se trata de ejecución contra entidades de derecho público el legislador permitió bajo la autorización expresa del artículo 145 del C. P. del T. y de la S.S. aplicar el artículo 307 del C.G. del P., el cual enuncia el procedimiento para ejecutar a las entidades públicas pero no menciona en su contenido el caso de las entidades descentralizadas o entidades descentralizadas por servicios como el caso de COLPENSIONES; por lo tanto, como quiera que esta entidad no hace parte de la naturaleza de los entes territoriales ni puede identificarse con la Nación, no podrá aplicarse en el presente caso lo dispuesto en el artículo 307 del C.G. del P.

Así mismo, en casos similares la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo, en sentencia de tutela de radicado 20959 del 15 de mayo de 2008 M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, precisó que las sentencias que reconocen pensiones son de cumplimiento inmediato; de la misma manera, en la sentencia de tutela del 2 de mayo de 2012 radicado 38075 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno se manifestó lo siguiente:

“Dado que el estatuto procesal laboral solo remite al procedimiento civil en caso de presentar lagunas normativas, la disposición que sería aplicable por remisión analógica, cuando se vaya a iniciar la ejecución de una sentencia dictada por la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, contra entidades de derecho público, no es otra que el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

“EJECUCION CONTRA ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO. La Nación no puede ser ejecutada, salvo en el caso contemplado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. Cuando las condenas a que se refiere el artículo 335 se hayan impuesto a un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, o un municipio, la respectiva entidad dispondrá de seis meses para el pago, sin que entre tanto pueda librarse ejecución contra ella, ni contarse el término establecido en dicho artículo 335.”

Nótese que el término a que alude la norma precitada no resulta aplicable a las ejecuciones que se adelanten contra Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como lo es el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, sino que dicho término solo tendría aplicación en ejecuciones promovidas contra entidades territoriales, motivo por el cual cuando se pretenda iniciar ejecución contra dicha entidad de seguridad social, no es necesario esperar el vencimiento de término alguno. De acuerdo con la norma comentada, el término de 18 meses que alude el multicitado

artículo 177 solo tendría aplicación en tratándose de la ejecución de sentencias que contra la Nación profiera la jurisdicción ordinaria laboral.

Así las cosas, el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo solo se aplica en aquellos casos en los que se pretenda obtener el cumplimiento coactivo de sentencias dictadas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, más no cuando se busque el cumplimiento coercitivo de sentencias dictadas por la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, salvo que la condena se haya impuesto contra la Nación.”

Del mismo modo, y bajo la vigencia igualmente del Código Contencioso Administrativo, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia de tutela con radicación No. 26315 del dieciocho (18) de noviembre de dos mil nueve (2009) con ponencia del Magistrado Dr. Camilo Tarquino Gallego confirmó el amparo concedido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en un asunto en el que se reclamaba el pago de un retroactivo pensional y respecto del cual el Juez Quinto Laboral del Circuito de Cartagena había negado el mandamiento de pago “*por no haber transcurrido el término previsto en el Artículo 177 del C. C. A., lo que impedía que la obligación fuera exigible*” decisión ésta que fue revocada por su superior funcional que declaró sin efectos el proveído del Juez en mención, amparó el derecho al debido proceso y ordenó resolver nuevamente sobre el mandamiento de pago; en esa oportunidad la Corte manifestó lo siguiente:

“Revisada la decisión impugnada la Sala establece que la interpretación dada por el Tribunal es jurídica y se encuentra amparada constitucional y legalmente, como que se trata de la aplicación de una norma que protege un derecho fundamental, que no puede quedar condicionado ni aplazado en el tiempo, pues es deber del Juez, en su función de intérprete de la Ley, darle prelación a los postulados constitucionales, en este caso, al pago oportuno de las pensiones, a cargo del Instituto de Seguro Social, pues sería contradictorio que a pesar del origen de la obligación, declarada judicialmente y que goza de la protección del Estado, se retarde la satisfacción oportuna de la prestación.

A través de la acción constitucional esta Sala, en asuntos similares, había negado el amparo solicitado, como en los procesos T-24913 y T-24665 del 7 de julio y 17 de junio de 2009, respectivamente, pero en atención a la especial protección de los derechos conculcados, se adopta este nuevo criterio.”

En resumen, para el caso *sub lite*, no puede dársele aplicabilidad al artículo 307 del C.G. del P., toda vez que los derechos reconocidos son de carácter pensional, lo cual afectaría lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia más específicamente en su art. 48 como derecho fundamental, pues las sentencias que constituyen título ejecutivo en este caso no deberían estar sujeta a plazo o condición, siendo por lo tanto, de inmediata exigibilidad el cumplimiento de las obligaciones laborales en que pueda incurrir una entidad de derecho público como lo es, COLPENSIONES sin que pudiera solicitársele o imponérsele al demandante para el cobro ejecutivo de la correspondiente sentencia que se cumplan plazos o requisitos adicionales, por ello es claro entender, que el afiliado a quien le ha sido resuelto el conflicto de carácter pensional mediante sentencia judicial obliga al Estado al cumplimiento de la misma en forma oportuna y sin dilaciones debiendo combinar la eficacia y la eficiencia de la función pública con el respeto y la especial protección del trabajo como principio de orden constitucional.

Se tiene además, que el actor tuvo que acudir a la vía ordinaria para reclamar ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, y por tanto al tener que esperar que transcurran los términos señalados por la demandada se estaría vulnerando derechos ciertos e irrenunciables ya que siendo Colombia un Estado Social de Derecho y estar consagrado como fines

del mismo la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, mal puede vulnerársele a los actores sus derechos fundamentales.

Así mismo, en aras de evitar perjuicios al tesoro público, COLPENSIONES como entidad descentralizada donde la Nación es garante debe cumplir con las obligaciones económicas dentro del menor tiempo posible evitando que se cause mayor indexación, lo cual representa una carga exagerada para el erario y en últimas para el contribuyente.

De suerte que, en desarrollo de las normas constitucionales, especialmente el artículo 53 que trata sobre la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos contemplados en las leyes laborales y el art. 48 que hace referencia al derecho fundamental de la seguridad social, se tiene que en el presente caso no resulta procedente que la actora deba esperar el término alegado por la entidad demandada para ejecutar la sentencia, puesto que, fue conminado por ésta a interponer demanda ordinaria laboral agotando el procedimiento establecido en la ley y al salir vencedor en juicio se hizo acreedor al derecho pensional reclamado, siendo además, que, COLPENSIONES tenía conocimiento del presente proceso pues igual fue controvertido desde el ordinario laboral.

En consecuencia, de lo anterior, no le queda otro camino a esta Sala de decisión que el de **CONFIRMAR** en todas sus partes el auto proferido por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 17 de junio de 2021; como así se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

Conforme al numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable a nuestro ordenamiento por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., se condena en costas en esta instancia a COLPENSIONES por no prosperar el recurso de alzada y se fijaran como agencias en derecho la suma de **DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$250.000)** a cargo de la entidad demandada y a favor de la demandante.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 17 de junio de 2021 proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta que resolvió librar orden de pago en contra de Colpensiones, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada COLPENSIONES fijando como agencias en derecho de segunda instancia la suma de \$250.000 a favor de la ejecutante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

RAD: 54-001-31-05-004-2019-00206-01

P.T. No. 19.036

REF: Ordinario

DEMANDANTE: Roberto José Claro Jaure

DEMANDADOS: Porvenir S.A. y Colpensiones.

En atención al recurso de casación interpuesto por la AFP Porvenir S.A., por tratarse de un asunto donde la pretensión es la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual para retornar al régimen de prima media, cuando la única interesada en recurrir en casación es la AFP a quien se ordenó trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, se ha concluido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia AL5268 de 2021:

“Definido está qué, en oportunidades anteriores la Corporación ha precisado que cuando en esta clase de asuntos la sentencia se restringe a que el fondo privado traslade a Colpensiones los saldos existentes en la cuenta del afiliado, la AFP carece de interés económico para recurrir en casación, por cuanto dichas sumas y los rendimientos financieros que comprende esa medida no hacen parte de su patrimonio, sino que pertenecen a la persona asegurada.

Así, debe entenderse que el único agravio que pudo recibir la parte recurrente fue el hecho de habersele privado de su función de administradora del régimen pensional del demandante y que en ese sentido dejaría de percibir a futuro los rendimientos por su gestión, perjuicios estos que, además, no se evidencian en la sentencia de segunda instancia (CSJ AL, 13 mar. 2012, rad. 53798, CSJ AL3805-2018, CSJ AL2079-2019 y CSJ AL3657-2020). Precisamente, en la primera providencia referida la Corporación señaló:

[...] La carga económica que se impuso a la demandada, con la sentencia proferida por el ad quem se concreta al traslado al I.S.S. del valor de los saldos por concepto de: cotizaciones, rendimientos y bono pensional, que figuren en la cuenta de ahorro individual de la actora.

De cara a la orden impartida por el Tribunal es claro que la demandada no sufre ningún perjuicio económico con la decisión proferida por el ad quem, si se tiene en cuenta que dentro del RAIS el rubro que conforman las cotizaciones, rendimientos y bono pensional, aparecen dentro de la subcuenta creada por el Fondo a nombre de la

demandante al momento de su admisión como afiliada, recursos que si bien deben ser administrados por la entidad recurrente, no forman parte de su patrimonio, por el contrario, corresponde a un patrimonio autónomo de propiedad los afiliados a dicho régimen, que para el presente, dichos recursos pertenecen a la misma promotora del litigio, por ello, es la titular de la subcuenta de ahorro individual, como corresponde a todos los afiliados al RAIS.

Por tanto, los recursos que figuran en dicha subcuenta individual, las efectuó únicamente la demandante, tales como las cotizaciones, rendimientos financieros y bono pensional, que por tratarse de un traslado no hay lugar a redención, y por tanto, continúa a cargo de la oficina de misma O.B.P del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en estricta sujeción al espíritu, características y principios que informan el RAIS; de suerte que la convocada a juicio, no incurre en erogación alguna que sirva para determinar el importe de agravio o perjuicio que la sentencia puede estar ocasionándole. [...]

De acuerdo con lo anterior, y en el entendido de que la recurrente en casación solo trasladará aportes y rendimientos financieros, los cuales no hacen parte de su patrimonio al pertenecer estos a saldos que integran la cuenta de ahorro individual de la persona afiliada provenientes del régimen de ahorro individual, y ello no constituye agravio alguno, no resulta forzoso concluir que carece de interés económico para recurrir.”

Conforme a este precepto jurisprudencial, se advierte que solo cuando el fondo pensional demuestra en el curso del proceso la existencia de un perjuicio concreto a su patrimonio y estima el valor del mismo, es susceptible de conceder el recurso de casación; pues de no hacerlo, se hace improcedente al tratarse de una pretensión declarativa en su contra y cuyo cumplimiento se limita al traslado de aportes y rendimientos de los que no es titular.

Comoquiera que en el sub judice, la recurrente no demuestra perjuicio y/o agravio alguno, no se concederá el recurso de casación impetrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G.

Nidiam Belén Quintero Gelves

José Andrés Serrano Mendoza

José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

RAD: 54-001-31-05-004-2019-00272-01

P.T. No. 19.147

REF: Ordinario

DEMANDANTE: Campo Elías Angarita Martínez

DEMANDADOS: Porvenir S.A. y Colpensiones.

En atención al recurso de casación interpuesto por la AFP Porvenir S.A., por tratarse de un asunto donde la pretensión es la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual para retornar al régimen de prima media, cuando la única interesada en recurrir en casación es la AFP a quien se ordenó trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, se ha concluido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia AL5268 de 2021:

“Definido está qué, en oportunidades anteriores la Corporación ha precisado que cuando en esta clase de asuntos la sentencia se restringe a que el fondo privado traslade a Colpensiones los saldos existentes en la cuenta del afiliado, la AFP carece de interés económico para recurrir en casación, por cuanto dichas sumas y los rendimientos financieros que comprende esa medida no hacen parte de su patrimonio, sino que pertenecen a la persona asegurada.

Así, debe entenderse que el único agravio que pudo recibir la parte recurrente fue el hecho de habersele privado de su función de administradora del régimen pensional del demandante y que en ese sentido dejaría de percibir a futuro los rendimientos por su gestión, perjuicios estos que, además, no se evidencian en la sentencia de segunda instancia (CSJ AL, 13 mar. 2012, rad. 53798, CSJ AL3805-2018, CSJ AL2079-2019 y CSJ AL3657-2020). Precisamente, en la primera providencia referida la Corporación señaló:

[...] La carga económica que se impuso a la demandada, con la sentencia proferida por el ad quem se concreta al traslado al I.S.S. del valor de los saldos por concepto de: cotizaciones, rendimientos y bono pensional, que figuren en la cuenta de ahorro individual de la actora.

De cara a la orden impartida por el Tribunal es claro que la demandada no sufre ningún perjuicio económico con la decisión proferida por el ad quem, si se tiene en cuenta que dentro del RAIS el rubro que conforman las cotizaciones, rendimientos y bono pensional, aparecen dentro de la subcuenta creada por el Fondo a nombre de la

demandante al momento de su admisión como afiliada, recursos que si bien deben ser administrados por la entidad recurrente, no forman parte de su patrimonio, por el contrario, corresponde a un patrimonio autónomo de propiedad los afiliados a dicho régimen, que para el presente, dichos recursos pertenecen a la misma promotora del litigio, por ello, es la titular de la subcuenta de ahorro individual, como corresponde a todos los afiliados al RAIS.

Por tanto, los recursos que figuran en dicha subcuenta individual, las efectuó únicamente la demandante, tales como las cotizaciones, rendimientos financieros y bono pensional, que por tratarse de un traslado no hay lugar a redención, y por tanto, continúa a cargo de la oficina de misma O.B.P del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en estricta sujeción al espíritu, características y principios que informan el RAIS; de suerte que la convocada a juicio, no incurre en erogación alguna que sirva para determinar el importe de agravio o perjuicio que la sentencia puede estar ocasionándole. [...]

De acuerdo con lo anterior, y en el entendido de que la recurrente en casación solo trasladará aportes y rendimientos financieros, los cuales no hacen parte de su patrimonio al pertenecer estos a saldos que integran la cuenta de ahorro individual de la persona afiliada provenientes del régimen de ahorro individual, y ello no constituye agravio alguno, no resulta forzoso concluir que carece de interés económico para recurrir.”

Conforme a este precepto jurisprudencial, se advierte que solo cuando el fondo pensional demuestra en el curso del proceso la existencia de un perjuicio concreto a su patrimonio y estima el valor del mismo, es susceptible de conceder el recurso de casación; pues de no hacerlo, se hace improcedente al tratarse de una pretensión declarativa en su contra y cuyo cumplimiento se limita al traslado de aportes y rendimientos de los que no es titular.

Comoquiera que en el sub judice, la recurrente no demuestra perjuicio y/o agravio alguno, no se concederá el recurso de casación impetrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G.

Nidiam Belén Quintero Gelves

José Andrés Serrano Mendoza

José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2021-00034-00

Partida Tribunal: 19464

Demandante: MARIA EDITH RIOS CASTILLA

Demandada(o): COLPENSIONES / PORVENIR S.A.

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recursos de alzada presentados por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 20 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-004-2021-00034 y partida de este Tribunal Superior No. 19464 promovido por la señora MARIA EDITH RIOS CASTILLA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

La demandante MARIA EDITH RIOS CASTILLA demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE, hoy PORVENIR, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, que se condene a las demandadas al pago por costas y agencias en derecho.

II. HECHOS

La demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Indicó que se mantuvo afiliada en el régimen de prima media con prestación definida, desde el veinte (20) de octubre de 1981, inicialmente con la extinta Caja de Previsión Departamental De Norte de Santander y luego en el extinto Instituto de Seguros Social, hoy Colpensiones.
2. Que el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la firma de formulario de vinculación realizada el catorce (14) de enero del año dos mil (2000).
3. Que no recibió del fondo privado Porvenir S.A., perteneciente al régimen de ahorro individual información o explicación cierta, veraz, clara, completa, comprensible y suficiente sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas o desventajas que estaba asumiendo al efectuar su traslado del régimen de prima con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.
4. Que el fondo privado perteneciente al régimen de ahorro individual con solidaridad Porvenir S.A., nunca le explicó o nunca le informó de manera clara cierta y completa los efectos, beneficios o desventajas que le podría acarrear una decisión o convencimiento de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y la incidencia positiva o negativa futura que podría llegar a tener en su pensión de vejez.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada **COLPENSIONES, S.A.**, ésta dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en el entendido que la demandante se afilió voluntariamente a PORVENIR, encontrándose incurso en lo establecido por el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, COBRO DE LO NO DEBIDO POR FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA SU RECLAMACION, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE MATERIALIZAR LOS EFECTOS DE LA INEFICACIA CUANDO EL DEMANDANTE YA TIENEN UNA SITUACIÓN JURÍDICA CONSOLIDADA O ADQUIRIÓ EL ESTATUS DE PENSIONADOS EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

Por su parte, PORVENIR S.A. indicó que se opone a las pretensiones incoadas por la demandante, ya que en el traslado efectuado inicialmente no

existió vicio alguno que amerite o genere su nulidad o ineficacia y de accederse a las súplicas de la demanda, sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual.

Como excepciones de mérito propuso las excepciones que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O LA GENÉRICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 20 de agosto de 2021, resolvió lo siguiente:

1.- PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante EDITH MARIA RIOS CASTILLA, C.C. 60.238.671, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A., en FECHA 14-01-2000 Y SUBSIGUIENTES, conforme a lo considerado.

2.- SEGUNDO: CONDENAR al fondo pensional PORVENIR S.A., donde se encuentran los recursos aportados por la parte demandante, devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., por cuenta de la demandada, entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hubiere recibido desde el TRASLADO 14-01-2000, Y HASTA EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA SENTENCIA, la entrega de todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales DE HABERSE COBRADO, saldos de la cuenta individual, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales por ejemplo(artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993), precisando que son de cargo del fondo pensional PROTECCION S.A, la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a la demandante por los conceptos precitados desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos EN SU TOTALIDAD a COLPENSIONES S.A, todo conforme a lo considerado. Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

3.-TERCERO: DECLARAR que la parte demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

4.- CUARTO: DECLARAR probada la excepción de mérito de buena fe, propuesta por PORVENIR S.A, la que por sí sola no enerva lo pretendido por la actora.

5.- QUINTO. - Declarar no probada la excepción de prescripción por las pasivas, y sobre las demás propuestas hay declaración ínsita conforme a lo considerado.

6.- SEXTO: Condenar a COLPENSIONES S.A., a recibir el capital pensional procedente del fondo privado PORVENIR S.A., por la cuenta de la aquí demandante, Y DESCUENTOS HECHOS, DESDE LA GENESIS DEL TRASLADO Y HASTA QUE SE DEVUELVAN, por parte de PORVENIR S.A, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizó, todo conforme a lo considerado.

7.- SEPTIMO: Condena en costas a favor de la parte demandante y a cargo de COLPENSIONES S.A., por haberse opuesto a las pretensiones de la demandante, se fijan las agencias en 1 S.M.L.M.V el cual asciende hoy a la suma de \$908.526, decreto 1785 de 2020, agencias frente a PORVENIR S.A., se fijan en 1 S.M.L.M.V., ascienden a \$ 908.526, Fundamento legal artículo 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA. Las agencias fijadas, en su momento procesal oportuno SE TENDRÁN EN CUENTA para liquidar las costas.

8.- OCTAVO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, por parte de COLPENSIONES S.A., se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior funcional, en razón a que hay condena al imponerse una obligación a COLPENSIONES S.A.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a la afiliada al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado. En relación a lo anterior, para el despacho existió una afectación del derecho fundamental de dignidad del trabajador a una vida digna, con una pensión por un valor mucho menor de mantenerse en el régimen, donde se está saltando la libertad de voluntad de escoger libremente el fondo por la parte interesada del afiliado, que tenía derecho a recibir una información veraz.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la ineficacia del traslado no es procedente por estar fundamentada en la falta de información al

afiliado, siendo que la señora estaba capacitada para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen.

Señala que han pasado aproximadamente 20 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que la accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen.

Se refirió a la obligatoriedad que surge de recibir a la demandante dentro del régimen de prima media, por cuanto esa situación genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que la demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca son suficientes para el otorgamiento de las pensiones, por lo que se genera un desbalance dentro de Colpensiones, situación que se debe cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional faltando menos de los 10 años para adquirir la pensión, transgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100.

2. PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que se encuentra inconforme con la decisión y solicita que sea revocada en su integridad. Frente a la ineficacia, reitera totalmente lo expresado en los alegatos. Frente a las condenas del numeral 2, solicitó que sea revocada conforme al artículo 964 del Código Civil inciso final que dice: “En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”.

Recalcó que estos frutos, conforme a la Ley 100 del 93, son la retribución por los servicios prestados por la entidad, y se utiliza para cubrir los costos y gastos de la actividad de la AFP y aquellos son situaciones jurídicas consolidadas y hechos consumados, por lo que son excepciones al retrotraer los efectos del traslado.

En relación con las primas pagadas por los seguros, informó que estas fueron sumas pagadas a favor de terceros como son las compañías de seguros, quienes prestaron sus servicios, es decir, quienes dieron cobertura durante todo el tiempo que estuvo vigente la filiación de la señora demandante con el fondo; que al ya haber sido pagados, son dineros que son difíciles de restituir por cuanto son unos pagos que se hacen a unos terceros ajenos los fondos, y hay que tener en cuenta que la fuente de esas obligaciones es de carácter legal.

Consideró que este reconocimiento hace que se incurra en un enriquecimiento sin causa y a favor de Colpensiones, entidad que además de recibir los rendimientos va a recibir estas sumas adicionales.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las entidades demandadas presentaron alegatos de conclusión que se encuentran debidamente consignados en el expediente digital.

En consecuencia, una vez cumplido el término para presentar los mismos, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes.

VII. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante en el año 2000 a PORVENIR S.A. – régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliada con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.
4. Por último, se revisará la condena en costas a Colpensiones.

ANÁLISIS PROBATORIO

A fin de resolver lo anterior, la Sala acatando lo normado en los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S., tendrá como pruebas los documentos debidamente allegados al plenario tanto por la demandante EDITH MARIA RIOS CASTILLA, como por las entidades demandadas, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario.

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por la demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia del ISS a hoy PORVENIR S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta

Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento de la señora EDITH MARIA RIOS CASTILLA para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, esta colegiatura precisa que los afiliados al sistema de seguridad social están facultados para escoger libremente a qué régimen se afilian, tal como lo preceptúa el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, en el que va inmerso como principio fundamental el consentimiento libre e informado y, en el evento de que se vislumbre un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será posible declarar la nulidad de tal escogencia.

El artículo 97 de la ley 100 de 1.993, enmarcó a los fondos de pensiones como constitutivos de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, lo que conlleva a la exigencia del cuidado de los intereses de quienes se ligan a ellas, el que inicia desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, dada la confiabilidad de quienes van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o una eventual pensión de sobreviviente para sus beneficiarios.

Por tanto se entiende que, las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones, con fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1.993; así mismo, se advierte, que el deber de información que le impone la ley a las administradoras de pensiones, se entiende como **obligación de carácter profesional** que se materializa a través de expertos en la materia a quienes le corresponde suministrar toda la información necesaria y relevante según sea el escenario en que se encuentra el afiliado o potencial vinculado, lo que implica una asesoramiento desde la antesala de la afiliación y que se extiende a todas las etapas de este proceso hasta que se garantice el disfrute de la pensión.

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 *“por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones”* impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro que el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2.015 y la circular Externa 016 de 2.016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con

solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

Por lo antes mencionado, los fondos de pensiones son entidades con responsabilidades profesionales, aspecto plenamente respaldado en los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 y 1603 de C.C., por su responsabilidad en un tema tan técnico y profesional tienen el deber y la obligación de entregar una información clara y comprensible a las personas interesadas en adquirir sus servicios y afiliarse a las mismas.

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado, no siendo suficiente el simple consentimiento informado expresado en el formulario de afiliación, ya que esto no demuestra que en efecto se cumplió con el deber de suministrar dicha información, demostración está que por demás se encuentra, dentro de un proceso judicial, en cabeza del Fondo de Pensiones, invirtiéndose la carga de la prueba. (Ver sentencias de radicados N° 31989 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicado n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 27 de septiembre de 2017, SL 17595 con radicado n° 46292 de 18 de octubre de 2017, la sentencia SL 2372 con radicado n° 45041 de 23 de mayo de 2018, sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018 y SL 1452 de 2019).

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que el afiliado recibió la información adecuada, suficiente y cierta sobre su traslado, bajo el entendido de que las mencionadas entidades fueron creadas para cumplir un servicio público como lo es la seguridad social, con conocimientos y experiencia que resultan confiables a los ciudadanos quienes les entregan sus ahorros para la previsión a su vejez, invalidez o muerte.

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales, los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

Y entonces, según lo expuesto, se encuentra en cabeza del fondo de pensiones la obligación de controvertir la declaración de ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que, en su libelo introductorio, la señora EDITH MARIA RIOS CASTILLA afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR, lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que la demandante EDITH MARIA RIOS CASTILLA ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 20 de octubre de 1981, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS) hoy COLPENSIONES, y que el 14 de enero de 2000, realiza traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE hoy PORVENIR, suscribiendo solicitud de vinculación No. -97-0184173

Revisando las pruebas allegadas a los autos, se evidencia que si bien en el formato visto archivo PDF 02 del expediente digital, el cual fue suscrito por la demandante, se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, considera la Sala que estas calidades de la decisión no se encuentran demostradas, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR, S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró a la demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Así las cosas, en efecto, PORVENIR no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular de la demandante.

Reiterándose que, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, a la demandante en todo lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica como la contenida en la solicitud de

vinculación, no es suficiente para inferir que existió una decisión documentada por parte de la actora, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva PORVENIR.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo a la demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PORVENIR, y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual de la demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento (error) por falta de asentimiento informado, no asistiéndole la razón a los recurrentes y quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable a la demandante EDITH MARIA RIOS CASTILLA por lo que, en esta instancia se CONFIRMARÁ lo resuelto por el juez A quo.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el mes de enero de 2000, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Además, la mencionada Corporación se pronunció en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *statu quo ante* no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema

privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En este mismo sentido, la mencionada Corporación en su sentencia Rad. 31989 del 8 de septiembre, señaló:

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PORVENIR, las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, sumas estas que se encuentran bajo la custodia de las Administradoras, y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Esto fue recientemente establecido por la HCSJ en su Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL2877 de 2020, donde se indicó lo siguiente:

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será

aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.”

Así las cosas, no queda otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en cuanto condenó a la demandada a devolver “al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses que dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que hubiere causado en virtud del reingreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones.”.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

Dicho lo anterior es necesario para esta Sala, pronunciarse respecto de la excepción de prescripción formulada por las demandadas, y que fue materia de inconformidad por PORVENIR, S.A, la cual se procede a denegar su prosperidad bajo los siguientes razonamientos.

La selección de régimen pensional es un acto derivado de la relación de afiliación (artículo 13 de la Ley 100 de 1993, hoy modificado por el artículo 2°

de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994), de tal suerte que la circunstancias en que se dio el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad de la demandante, precedido del deber del buen consejo por parte de la administradora de pensiones en la oferta precontractual de servicios que en el presente caso no se avizora, fue, en esencia, la forma en que nació a la vida jurídica el HECHO DE LA AFILIACIÓN al régimen de ahorro individual, por lo tanto, esa concreta situación fáctica que resulta inherente a la consolidación del ESTATUS PENSIONAL de la demandante no está sujeta al fenómeno de la prescripción, lo que igualmente se predica de la condición de afiliado y los actos que emanen de tal condición, pues de allí surge el derecho a percibir y disfrutar vitaliciamente de la respectiva pensión.

En ese sentido, podemos concluir que la condición de afiliado y por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional.

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, ha señalado que los elementos consustanciales de la pensión no prescriben, como es el caso, del factor porcentual de la mesada, el salario, los límites temporales del IBL y la indexación, por lo que, la afiliación y cualquier acto derivado de la misma en el sistema pensional, a pesar que no sea un factor cuantitativo del derecho, necesariamente deben calificarse como elementos esenciales de status pensional, porque recuérdese que de la validez jurídica de esos actos deriva no solo el régimen a aplicar al pensionado, sino también a cual la entidad administradora de fondos de pensiones le compete el reconocimiento y pago de una prestación económica.

En suma, al tener la afiliación y sus actos subsiguientes, una estrecha relación con el derecho pensional, valga decir, por ser inherentes al mismo, resulta viable formular los reparos correspondientes en cualquier tiempo, al punto que, si se pensara de forma contraria, ni siquiera sería viable el retorno al régimen de prima media, en el evento en que se cumpla el requisito de permanencia mínima, ni los traslados entre administradoras pensionales.

Es entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas.

Igualmente, este criterio de imprescriptibilidad tiene sustento en argumentos expuestos en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, en providencia STL4593 de 2015, Radicación 39718 siendo magistrado ponente Jorge Mauricio Burgos Ruiz, donde se señaló que

la nulidad de traslado sería imprescriptible si estuviera estrechamente ligado con la adquisición del derecho pensional, como derecho fundamental y como prestación económica ligada al mínimo vital y al derecho al trabajo de la demandante, y el mismo estuviere amenazado con la proposición del medio defensivo de la prescripción.

En virtud a lo anterior, esta Sala arriba a la conclusión sobre la imprescriptibilidad del derecho a solicitar la nulidad de la afiliación, si se tiene en cuenta que precisamente la afiliación es la que genera para el afiliado la posibilidad de obtener el derecho pensional, por supuesto, en las condiciones más beneficiosas, por lo que al estar íntimamente ligados, afiliación y status de pensionado, de ambos se debe predicar la imprescriptibilidad para hacer valer tales derechos de forma que se acompasen a la legalidad.

COSTAS PROCESALES

Por último, se rememora que las costas judiciales son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se incluyen: (i) **las expensas**, que son los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso y los causados en el desarrollo de la actuación, pero siempre distintos de los honorarios que se pagan a los abogados, como por ejemplo, la producción de determinadas pruebas, el valor del desplazamiento y el tiempo ocupado por los testigos en su declaración, las copias necesarias para surtir determinados recursos etc., y (ii) **las agencias en derecho**, que consisten en el valor que el juzgador le da al trabajo del profesional del derecho que ha salido avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto dichas entidades fueron vencidas en el proceso, a su cargo deberán imponerse las costas.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A., y en favor de la demandante.

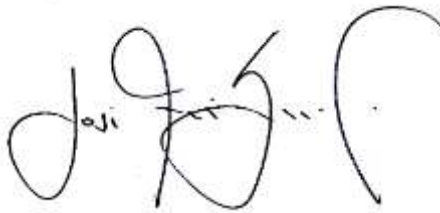
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 20 de agosto de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A., y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE


ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2021-00060-01
RADICADO INTERNO:	19.638
DEMANDANTE:	PATRICIA RIVERA JULIO
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 22 de noviembre de 2021 que fue proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora PATRICIA RIVERA JULIO interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las A.F.P. PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A., solicitando como pretensiones principales que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por existir un vicio ante la falta de información al momento de decidir el traslado en junio de 1995, ordenando el retorno al RPMPD con la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, para que COLPENSIONES la reciba sin solución de continuidad y proceda a corregir y actualizar su historia laboral.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que nació el 28 de noviembre de 1964 y laboró en la CAJA POPULAR COOPERATIVA entre el 31 de octubre de 1983 al 30 de agosto de 1984 cotizando al entonces I.S.S. y luego laboraba para el BANCO CAFETERO S.A. desde el 10 de septiembre de 1984 cuando el 7 de junio de 1995 fue trasladada a A.F.P. PORVENIR y luego en marzo de 2005 a PROTECCIÓN.
- Que el primer traslado se dio cuando se presentó un promotor o asesor a realizar traslados de fondos sin una información precisa y correcta sobre los efectos que se produjeran con el cambio de régimen pensional, indicándole solamente que tendría más beneficios y que el ISS estaría en proceso de liquidación, se iba a acabar y su pensión estaría en riesgo.
- Que ante el temor de perder sus aportes y con la ilusión de los beneficios indicados por el asesor, decidió firmar la afiliación y posteriormente al ingresar a la Contraloría Municipal de Cúcuta se le manifestó que debía trasladarse a PROTECCIÓN, donde estaban los demás trabajadores.
- Que ha solicitado una proyección de su mesada pensional a noviembre de 2021 cuando cumple los 57 años y se le informó que podría acceder a la pensión de vejez contando con una cuenta de ahorro individual a la fecha de

pensión por valor de \$252.920.829, con un valor del bono pensional de \$129.864.651; estimándose una mesada pensional de \$1.466.262.

La demandada AFP PORVENIR al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó:

- Que no le constan los hechos, que los mismos deben probarse y las pretensiones de la demanda deben negarse, indicando que se atiene a lo revelado en el formulario de traslado donde la demandante firmó que su decisión fue libre y espontánea, recibiendo información pertinente y que en todo caso la entidad informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen, enviando los extractos trimestrales y reportando a través de medios de comunicación.
- Que se opone a las pretensiones pues no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y de acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe comercial; indicando que en todo caso cualquier nulidad debe generar las restituciones mutuas correspondientes y esta equivalencia debe ser garantizada. Igualmente indicó que tan consiente y válida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección, y no lo hizo.
- Que debe considerar el despacho que la demandante después de muchos años demanda la nulidad de su traslado, cuando durante ese lapso, ya existía información decantada y accesible al público en general acerca de las diferencias e implicaciones de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional y además, se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen, del art. 2 de la ley 797/2003, pues se encuentra a menos de 10 años de la edad de pensión, lo que evidencia conformismo o en el peor de los casos, desidia sobre el asunto, no puede ahora alegar su propia torpeza.
- Que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación, que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión y para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.
- Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

La demandada A.F.P. PROTECCIÓN S.A. a través de apoderado judicial manifestó:

- Que es cierto el hecho relacionado a la fecha de nacimiento y que los demás debían probarse e indicó que no le constan los hechos donde no tuvo injerencia alguna; que todas sus afiliaciones vienen anteceditas de una asesoría profesional y transparente, con ejecutivos comerciales capacitados en el sistema general de pensiones.
- Que como Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías está sometida al imperio de la ley y solo reconoce las prestaciones económicas que cumplan con los presupuestos previamente establecidos por el legislador.
- Que previo a realizar cualquier tipo de afiliación ofrece siempre una asesoría acompañada de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben los ejecutivos comerciales, que están orientadas a un estudio profundo del Sistema General de Pensiones y al marco legal que regula el mismo, buscando siempre la satisfacción de los clientes, generando tranquilidad y confianza en la afiliación.

- Que cuando se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige desde el año 2008, solo la suscripción del formulario de afiliación como única prueba solemne, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 en concordancia con el artículo 3 de esta norma; aunado a que el término para ejercer la nulidad se encuentra prescrito en los términos del artículo 2536 del Código Civil modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002, norma aplicable por analogía al procedimiento laboral, porque la acción ordinaria de nulidad invocada prescribe en el término de 10 años.
- Propuso las excepciones de mérito de: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que admitía las fechas de nacimiento de la demandante y la de afiliación al RPMPD. Respecto a los demás hechos indicó que no le constan.
- Indicó que se opone a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado por el demandante al RAIS, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen y en todo caso el traslado de régimen NO se puede realizar después de los últimos 10 años próximos a pensionarse ley 797 de 2003.
- Manifestó que esa entidad no intervino en el acto jurídico de afiliación de la demandante al RAIS, que la actora hizo de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley para hacerlo, firmando formulario de afiliación al fondo privado. Así mismo, que no pueden desconocerse los preceptos legales, sacrificando la estabilidad financiera del sistema pensional que administra, sin que se demuestre total y contundentemente que existió un real y evidente vicio en el consentimiento.
- También señaló oponerse a que se ordene a las A.F.P. demandadas trasladar al RPMPD la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la Cuenta de Ahorro Individual de la demandante porque generar un retorno al régimen que administra produce una desfinanciación a ese sistema, trasgrediendo lo ordenado por la ley.
- Expuso que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.
- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.
- Propuso las excepciones de mérito de: inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de materializar los efectos de la ineficacia cuando el demandante ya tienen una

situación jurídica consolidada o adquirió el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual, prescripción y la innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 22 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante PATRICIA RIVERA JULIO, c.c. 60.309.944, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., en fecha del traslado según formulario diligenciado 95-03-10 folio 37 de 87 (documento archivo 15 pdf subsanación demanda) y de PORVENIR S.A. a PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER hoy PROTECCION S.A, EN EL MISMO REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL EN FECHA MARZO DE 2005 FOLIO 38 DE 87 (archivo 15 documentos PDF folio 38 de 87), CONFORME A LO CONSIDERADO.

SEGUNDO.- CONDENAR al fondo pensional PROTECCION S.A., donde se encuentran los recursos aportados por la parte demandante, devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, y a favor de la actor, todos los valores que hubiere recibido desde el TRASLADO Y HASTA EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA SENTENCIA, la entrega de todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales DE HABERSE COBRADO, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales (artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993), precisando que son de cargo ESTOS DESCUENTOS HECHOS DEL FONDO PENSIONAL PORVENIR S.A, DETERMIANANTE DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL, la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a la demandante por los conceptos precitados desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos EN SU TOTALIDAD a COLPENSIONES S.A, todo conforme a lo considerado. Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

TERCERO.- DECLARAR que la demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

CUARTO.- Declarar no probada la excepción de prescripción por la pasivas y sobre las demás propuestas hay declaración ínsita conforme a lo considerado.

QUINTO.- Declarar la buena de las pasivas, no obstante no es suficiente por si sola para enervar el derecho de la parte demandante.

SEXTO: Condenar a COLPENSIONES S.A., a recibir el capital pensional procedente del fondo privado PROTECCIONB S.A., PORVENIR S.A., a favor de la parte demandante, INCLUYENDO LOS DESCUENTOS HECHOS, DESDE LA GENESIS DEL TRASLADO Y HASTA QUE SE DEVUELVAN, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado.

SEPTIMO.- Condenar en costas a favor de la parte DEMANDANTE y en contra de la demandada PORVENIR S.A., AGENCIAS IGUAL A 2 S.M.L.M.V. \$ 1.817.052, CADA S.M.L.M.V IGUAL A \$ 908.526 DECRETO 1785 DE 2020, SIENDO EL FONDO DETERMINANTE A SU VEZ DEL TRASLADO PENSIONAL y a cargo de PROETCCION S.A, 1 S.M.L.M.V., \$908.526 E IGUAL VALOR FRENTE A COLPENSIONES S.A., Fundamento legal artículo 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA. Las agencias fijadas se tendrán en cuenta en su momento procesal oportuno al liquidar las costas.

OCTAVO.- *ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, por parte de COLPENSIONES S.A., se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior funcional, en razón a que hay condena al imponerse una obligación a COLPENSIONES S.A.”*

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Que el litigio se fijó en declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS, con la consecuencia del traslado total al Régimen de Prima Media de los recursos aportados al RAIS, sin ningún descuento.

- Expuso de manera preliminar, que está aceptado que la demandante nació en noviembre de 1964, cotizando al ISS desde 1983 hasta 1995 y se le ha negado el traslado en recientes peticiones y la actora en su interrogatorio de parte refiere que es administradora de empresas, que fue afiliada con otros compañeros en bloque sin mayor información a los trabajadores y desconocía las consecuencias de este traslado. Demostrado también que la actora se trasladó a PORVENIR en fecha de formulario 10 de mayo de 1995, con primera cotización en junio de 1995 y luego se trasladó a SANTANDER (hoy PROTECCIÓN) en marzo de 2005.

- Mencionó lo consagrado en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su texto original y su posterior modificación con el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, con relación al tiempo en que se puede solicitar el traslado entre regímenes, con la prohibición de trasladarse entre estos cuando faltaren 10 años para cumplir la edad de pensión, indicando que en este caso, no se cumple con los fines de la sentencia SU130 del 13 de marzo de 2013, en concordancia con la C781 DE 2002 y la C1024 de 2004, que establecen la directriz para las personas que siendo parte de la transición se pueden mover entre regímenes en cualquier tiempo, pues la actora sí está sometida a unos parámetros legales para dicho traslado.

- Resaltó la Sentencia SL1452 del 03 de abril del 2019 y que en la hipótesis de estudio de acuerdo a las fechas de traslado, se tienen las directrices del deber de suministrar información necesaria y suficiente por parte de la AFP a la demandante para materializar el traslado de régimen pensional, precisando la libertad de los afiliados de trasladarse de régimen de acuerdo al literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pero contando con un consentimiento libre e informado, es decir conociendo las bondades, ventajas, deficiencias, así como las características de los regímenes, para que tuviera esa información y tomara una decisión. Quedando evidenciado en múltiples casos que la actividad de los promotores de la época era ligera, se firmaban sin mayor cuidado los formularios y en general faltaba información para los trabajadores, la que jurisprudencialmente se ha identificado como indispensable para predicar validez del traslado.

- Indicó que el artículo 1604 del Código Civil consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplear, por lo tanto, el deber de información está a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones, de quienes emana la responsabilidad de carácter profesional. Que estas tienen el deber de brindar información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar al anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, lo que se fue cualificando a través de la jurisprudencia, y uno de esos primeros pronunciamientos fue en el año 2008 con el radicado 31989 de la Corte Suprema de Justicia, reiterado en muchas providencias, como en la SL4989 del año 2018 y la SL1452 de 2019, en esta última se dice que opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, quien plantea sobre la negativa indefinida de la no información y le corresponde entonces a la parte pasiva, en este caso a los fondos, desvirtuar esa negativa indefinida, lo anterior, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o está próximo a pensionarse, dado que la obligación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado en su momento oportuno, esto, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

- Que respecto a los formularios la Corte ha dicho que estos como tales no prueban si los fondos dieron información alguna al potencial afiliado.

- Manifestó que la parte pasiva planteó y se acepta, que en su momento se hablaba que la obligación que tenían los fondos era la prevista en el Decreto 692 del 94 artículo 11 en concordancia con el 3. °, sobre en cuanto a los formularios que tenían que diligenciarse bien para que tuviera validez ese traslado, lo cual es cierto, pero no menos cierto es que la misma Corte desde su génesis ha dicho que a los fondos se les quedo en el tintero el artículo 97 numeral 1. ° del Estatuto Financiero que es el Decreto 663 del 93, que señala que las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado, especialmente por la complejidad de la información y la trascendencia de su elección.

- Que, según la SL1452 de 2019, le corresponde a la AFP demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las implicaciones del cambio de régimen y ello no se cumplió, dado que no puede establecerse en el proceso como lo han dicho las AFP, porque no tienen esa información, pues esta se dio verbalmente y se diligencio un formulario en el cual no dice que asesoría se dio, sin que ningún acto posterior pueda sanear esa falta de información y no siendo mayoritaria la tesis de los actos de relacionamiento, pues la Corte ya ha establecido que el cambio de administradora no convalida la permanencia en dicho régimen. Que, por lo anterior, no se obro en consonancia con el principio de eficiencia que informa al Sistema de Seguridad Social, al tenor del literal A del artículo 2. ° de la Ley 100 del año 93, pues se manifiesta la absoluta ausencia del fondo pensional en la tarea de información y asesoramiento a la demandante.

- Indicó que el legislador en el campo del actuar de los fondos pensionales para los fines de la transparencia, fue celoso sobre la responsabilidad de los promotores, vinculando por la conducta de ellos a los mismos fondos según el artículo 10 del Decreto 720 del 94, que señala que cualquier infracción, error u omisión, en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las Sociedades Administradores del Sistema General de Pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la Sociedad Administradora respecto de la cual adelante sus labores de promoción o con la cual con relación a su gestión se hubiere realizado la respectiva vinculación, sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a esta.

- Que, por lo anterior, se accede a la ineficacia del traslado rogada, lo que implica privar desde su génesis todo efecto práctico al traslado bajo la ficción jurídica de que la demandante nunca se trasladó al RAIS válidamente y siempre estuvo afiliada al RPMPD. Así mismo, que la AFP donde se encuentra afiliada deberá devolver todos los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la demandante, con los rendimientos producidos, sin efectuar descuento alguno por gastos de administración o los que se hacían para pagar el seguro previsional a cargo de la AFP determinante del traslado en la que ha estado el afiliado, esto según lo señalado por la jurisprudencia, porque no puede verse favorecida la AFP con dineros que nunca debió percibir, en perjuicio de COLPENSIONES que será la entidad encargada de un eventual reconocimiento prestacional a la demandante, cuidándose en este sentido la sostenibilidad financiera del sistema. Advierte que en este caso corresponde a PORVENIR devolver todos los descuentos por ser la determinante.

- Preciso que no existe elemento probatorio que informe sobre la presunta afectación financiera con la decisión respecto a COLPENSIONES SA, aunque no es posible descartar de plano como quiera que la misma ley ha fijado un término para que se materialice el traslado y que tiene como fundamento conforme a la equidad, que sea injusto que el afiliado descuidado se lucre de los beneficios de un fondo pensional conformado por otros y del cual ha estado ausente, pero la jurisprudencia acogida por el alto tribunal de cierre de la justicia ordinaria no prevé afectación financiera, pues se está devolviendo absolutamente todo el capital del fondo pensional para que integre el RPMPD.

- Manifestó que no opera la prescripción respecto a la ineficacia del traslado como se señaló en la SL1688 del 2019 del radicado 68838 del 8 de mayo del 2019, porque la consecuencia de la ineficacia se caracteriza porque desde nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, la sentencia que declara la ineficacia de un acto lo que hace es constatar un estado de cosas, y estos no prescriben.

- Por lo anterior, ordenó a COLPENSIONES que reciba los aportes pensionales provenientes del RAIS que corresponden a la demandante y los traduzca en semanas cotizadas, con el objeto de garantizar a la actora el derecho pensional a su causación.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada PORVENIR

La apoderada de PORVENIR interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que la sentencia se debe revocar pues de acuerdo con el artículo 964 del Código Civil, como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir, que se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones de acuerdo a la Ley 100 de 1993, pues es la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos.

- Que, si bien es cierto, con la declaratoria de ineficacia de los actos jurídicos se busca retrotraer los efectos del mismo como si nunca hubieren existido, tal propósito tiene excepciones como son las situaciones jurídicas consolidadas y los hechos consumados, y para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que los mismo sucede con el seguro previsional debido a que ya prestó su servicio, lo que no se puede retrotraer, máxime cuando son terceros ajenos al proceso. Que la actividad de las administradoras del RAIS no puede ser injustamente desconocida pues se ve reflejada en su rentabilidad, como parte de sus características particulares y diferencias de funcionamiento con el RAIS.

- Que de acuerdo a un reciente ejercicio efectuado por ASOFONDOS, los rendimientos en el RAIS corresponden aproximadamente al 74% del capital acumulado por un afiliado, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues consecuencia de la nulidad declarada se debe presumir que nunca existió afiliación al RAIS y al no existir esta tales rendimientos no se hubieran generado, no obstante, entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta de ahorro individual, pero no se entiende que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión de esa entidad, toda vez que gracias a su buena administración el afiliado a incrementado su capital, por lo que de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil se considera que frete los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, porque de mantenerse la decisión se afectaría de manera injustificada su patrimonio y se aumentaría de forma injusta el patrimonio de COLPENSIONES y de sus afiliados, y es deber de la judicatura velar por la protección patrimonial de las instituciones que conforman de seguridad social.

3.2 De la parte demandada PROTECCIÓN S.A.

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Inicialmente considera que no es procedente devolver lo que se pagó por seguro previsional, toda vez que ese porcentaje fue descontado con base en la ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio quien fue un tercero de buena fe, indicando que está imposibilitada para cobrar de vuelta este concepto.

- Considera que no es procedente devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración por tratarse de prestaciones acaecidas, por lo que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a las buenas gestiones de la AFP, la cual a su vez cobro una comisión por dichos dineros que vendrían a ser los frutos y mejoras de la AFP, por lo que son conceptos excluyentes, no hay causa fáctica ni jurídica para hacerlo, toda vez que se estaría desconociendo el trabajo que ha desplegado la administradora durante

varios años, vulnerándose el derecho a las restituciones mutuas con frutos y la igualdad de trato en la relación contractual presidida de la buena fe.

3.3 De la parte demandada COLPENSIONES

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que existen pruebas que desmienten la alegada falta de información que fundamenta la pretensión, como que en este caso la actora no demostró haber sido coaccionada por el jefe de personal para proceder a su traslado y esto no deriva en una actuación de la administradora, sin que en todo caso hicieran solicitudes de retornar en el término de ley y aceptó haber firmado y leído el formulario de afiliación. Además, permaneció en el RAIS y se trasladó a PROTECCIÓN en 2005, siendo su objeto en este proceso recibir un mayor valor de la mesada lo que no se demostró y tampoco es suficiente para acceder.

- Que se opone a la condena en costas porque la Administradora no es la determinante y mantener la orden de recibir se causa un perjuicio a la entidad, pues finalmente sería la obligada a reconocer la pensión.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

- **PARTE DEMANDANTE:** No presentó alegatos de conclusión.

- **PARTE DEMANDADA:**

El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues la demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

Señaló que no está de acuerdo en devolver los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, porque se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital. Igualmente, que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado, no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, no obstante, lo anterior, la sociedad administradora de pensiones entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta individual, lo que no se entiende es que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión del Fondo de Pensiones. Que, además, debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse

de ordenar su devolución. También señaló, que las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual, se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato.

La apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia señalando que, a lo largo del debate probatorio llevado a cabo en la primera instancia, la parte actora no logró demostrar esa indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado, razón por la cual no es procedente su declaratoria, y que el mismo se realizó bajo el derecho a la libre elección de régimen que le asiste al demandante, quien lo hizo en forma libre, voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita. Así mismo, señaló que la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional.

Hizo referencia a los argumentos de la Corte Constitucional en sentencia C-1024/2004 señalando que el período de carencia previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 no vulnera el derecho a la igualdad, ni ningún otro principio o derecho fundamental que emane de las relaciones de trabajo, pues resulta razonable para evitar un perjuicio a la sostenibilidad económica del sistema pensional.

También indicó que la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora, y la entidad que representa por vía de jurisprudencia no puede otorgar prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, razón por la cual negó el traslado en sede administrativa.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala es el siguiente:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado de la señora PATRICIA RIVERA JULIO del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PROTECCIÓN S.A.?, asimismo, si esto a su vez deja sin efecto la afiliación que la actora hizo dentro del RAIS a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. y si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados.

8. CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora PATRICIA RIVERA JULIO, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y el orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES, a cargo de la actual administradora de la actora PROTECCIÓN S.A.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el traslado, respecto del cual era necesario brindar y demostrar que se entregó información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional, lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la demandada y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones.

A esta conclusión se opuso PROTECCION S.A. por considerar que no es procedente devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración por tratarse de prestaciones acaecidas y se estaría desconociendo el trabajo que ha

desplegado durante varios años, vulnerándose el derecho a las restituciones mutuas con frutos y la igualdad de trato en la relación contractual presidida de la buena fe y tampoco debe devolver lo que se pagó por seguro previsional pues fue descontado con base en la ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio.

Por su parte PORVENIR S.A. alego que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, que deben operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional.

Colpensiones manifestó que la demandante expresó situaciones de hecho que no demostró en cuanto al vicio del consentimiento alegado, además que se genera una descapitalización del RPMPD y un desequilibrio financiero para el régimen que administra.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Para que un traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual adquiera plena determinación, dicha actuación debe contener un pleno acatamiento de este deber para que de esa decisión se pueda predicar la libertad y voluntariedad exigida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia sentada desde el año 2008 ha determinado que previo a su decisión, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar, porque de no ser así, bien por brindarse una incorrecta u omitirse la relevante, puede entenderse que existe un error que vicia su voluntad. En otras palabras, es posible predicar la ineficacia de la vinculación al RAIS por un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017 reiterada en SL608 de 2022, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1º del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”*.

Prosigue la Corte identificando las normativas de diversa índole que se han proferido desde entonces para garantizar el cumplimiento de este deber a favor de los afiliados, imponiendo 3 puntos fundamentales:

(i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber *“de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“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**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”*, de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* y por lo tanto *“si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde*

a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca", máxime cuando el deber de información *"es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PORVENIR; pues argumenta la demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

La demandante manifestó que se afilió al RPMPD el 31 de octubre de 1983 donde cotizó hasta mayo de 1995; que se trasladó del régimen mencionado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el día 7 de mayo de 1995, mediante afiliación a PORVENIR S.A. y posteriormente, en marzo de 2005, se trasladó dentro del RAIS a PROTECCIÓN; y que esa aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario.

Del expediente se puede confirmar que la actora se encontraba afiliada al ISS hoy COLPENSIONES, donde cotizó a cargo de CAJA POPULAR en los períodos de octubre de 1983 a agosto de 1984 y con el empleador BANCO CAFETERO desde septiembre de 1984 a marzo de 1995; que el 10 de marzo de 1995 suscribió formulario de vinculación a PORVENIR, como se aprecia a folio 37 archivo de subsanación y posteriormente el 24 de febrero de 2005 formulario de afiliación a SANTANDER (hoy PROTECCIÓN) y se identifica junto a su firma una enunciación de voluntad libre, espontánea y sin presiones de la escogencia.

Se resalta que no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento de ese traslado, así como que lo afirmado por la actora en su interrogatorio se refirió a presiones para trasladarse de PORVENIR a PROTECCIÓN y que en todo caso el fundamento de la pretensión es la falta de información. Por ende, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora PATRICIA RIVERA JULIO para alcanzar sus pretensiones no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario por medio del cual se trasladó de régimen pensional y afilió a la demandada PROTECCIÓN S.A.; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PORVENIR S.A. brindó a la afiliada previo a su traslado del RPM, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para marzo de 1995 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PORVENIR S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó documento o prueba alguna que lo acreditara, ya que el formato de vinculación suscrito por la demandante no es suficiente y con las pruebas aportadas no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a PATRICIA RIVERA JULIO donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones. Recientemente en SL608 de 2022 se reiteró que *“el acto jurídico de traslado de régimen debe estar precedido de una ilustración al usuario, como mínimo de las condiciones y particularidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los efectos tanto positivos como negativos del cambio, lo cual no se acredita con la suscripción de un formato pre impreso”*.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

Por otra parte, sobre la prescripción que podría beneficiar a COLPENSIONES en virtud de la consulta, se advierte que al tratarse el presente asunto de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su integro reconocimiento., Por lo tanto, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en los fondos privados por cambio de régimen pensional no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada.

Así lo ha expresado en diversos pronunciamientos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluye por ejemplo en providencia SL361 de 2019 que *“la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada”*; por lo que esta excepción no está llamada a prosperar.

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que PORVENIR S.A. y también A.F.P. SANTANDER (hoy PROTECCIÓN S.A.) en su oportunidad, incumplieron con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: *«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»*, por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. y

PROVENIR S.A., deberán devolver completamente todas las prestaciones que recibieron de la afiliada, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Esto ha sido recientemente reiterado por la Sala de Casación Laboral en proveído SL2877 de 2020, donde se dijo:

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante** en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, **incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.***

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que PROTECCIÓN S.A. y PROTECCIÓN S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar **los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**”*

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la actora desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando

íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1995 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “*a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto de lo señalado en la parte resolutive sobre que corresponde a PORVENIR S.A., devolver la totalidad de los descuentos realizados a la actora por concepto de gastos de administración y seguro previsional; pues la jurisprudencia ha sido enfática al indicar que estos deben ser asumidos por **todas** las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, dado que al momento de configurar cada afiliación les asistía el deber de información. Así se ha indicado por la Sala de Casación Laboral en su Sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, que señaló:

*“Según este artículo, **declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación.** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.*

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones** (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).”*

Siguiendo este precedente, es posible establecer que la A.F.P. PROTECCIÓN también debe asumir los descuentos efectuados durante la época que duró su afiliación, por ser el receptor de todos los aportes del afiliado; de manera que el A quo, no podía adoptar una decisión diferente en este sentido, dado que, la ineficacia del traslado, genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró cada afiliación.

En consecuencia, se modificará lo resuelto en el numeral segundo de la providencia apelada y se condenará a las A.F.P. PORVENIR y PROTECCIÓN la devolución de todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y otros conceptos, efectuados en el régimen de AHORRO

INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD DE CADA COTIZACIÓN APORTADA A NOMBRE DE LA DEMANDANTE, por el tiempo que estuvo afiliada la actora a cada entidad.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

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

En igual medida, la reciente SL608 de 2022 reitera que *“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”*.

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además que PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 22 de noviembre de 2021, con la modificación señalada; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la providencia apelada, en el sentido de condenar a A.F.P. PORVENIR y PROTECCIÓN a la devolución de todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y otros conceptos, efectuados en el régimen de AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD DE CADA COTIZACIÓN APORTADA A NOMBRE DE LA DEMANDANTE, por el tiempo que estuvo afiliada la actora a cada entidad.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la sentencia de fecha del 22 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A, y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2021-00154-00

Partida Tribunal: 19651

Demandante: GUILLERMO RANGEL MARTINEZ

Demandada(o): COLPENSIONES / PORVENIR S.A.

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recursos de alzada presentados por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-004-2021-00154-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19651 promovido por el señor GUILLERMO RANGEL MARTINEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

El demandante GUILLERMO RANGEL MARTINEZ demanda a las entidades anteriormente mencionadas solicitando principalmente que, previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerle de que se trasladara de régimen y, en consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, que se condene a las demandadas al pago por costas y agencias en derecho; y subsidiariamente se ordene a COLPENSIONES acepte como afiliado al demandante en virtud del traslado de régimen y se ordene a COLPENSIONES reciba los aportes realizados por el demandante a POVENIR S.A.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Indicó que nació el 31 de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957).
2. Que se mantuvo afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, desde el diecinueve (19) de noviembre de 1979 y hasta el mes de agosto del año 2004, en el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones.
3. Que realiza traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a través de la firma del formulario de traslado realizada el trece (13) de julio del año dos mil cuatro (2004), sin recibir información de los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada **COLPENSIONES, S.A.**, ésta dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones y declaraciones principales y subsidiarias de la demanda, en el entendido que el demandante se afilió voluntariamente a PORVENIR, encontrándose incurso en lo establecido por el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, COBRO DE LO NO DEBIDO POR FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA SU RECLAMACION, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE MATERIALIZAR LOS EFECTOS DE LA INEFICACIA CUANDO EL DEMANDANTE YA TIENEN UNA SITUACIÓN JURÍDICA CONSOLIDADA O ADQUIRIÓ EL ESTATUS DE PENSIONADOS EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, PRESCRIPCIÓN, INOMINADA O GENERICA.

Por su parte, PORVENIR S.A. indicó que se opone a las pretensiones y declaraciones principales y subsidiarias incoadas por el demandante, ya que en el traslado efectuado inicialmente no existió vicio alguno que amerite o genere su nulidad o ineficacia y de accederse a las súplicas de la demanda, sería como que el demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual.

Como excepciones de mérito propuso las excepciones que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O LA GENÉRICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 10 de diciembre de 2021, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante GUILLERMO RANGEL MARTINEZ c.c. 5.687.915, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., EN FECHA 13 JULIO DE 2004, todo conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo pensional PORVENIR S.A., (determinante del traslado), ENTIDAD donde se encuentran hoy los recursos aportados por la parte demandante, devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, y a favor de la actor, todos los valores que hubiere recibido desde el TRASLADO Y HASTA EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA SENTENCIA, la entrega de todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales DE HABERSE COBRADO, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales (artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993), precisando que son de cargo del fondo pensional Porvenir S.A., la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a la demandante por los conceptos precitados desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos EN SU TOTALIDAD a COLPENSIONES S.A, por haber sido el determinador del traslado de régimen, todo conforme a lo considerado. Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

TERCERO: DECLARAR que la parte demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES COLPENSIONES S.A., a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

CUARTO: Declarar no probada la excepción de prescripción por la pasivas y sobre las demás propuestas hay declaración ínsita conforme a lo considerado.

QUINTO: Declarar la buena de la pasiva, no obstante no es suficiente por si sola para enervar el derecho de la parte demandante.

SEXTO: Condenar a COLPENSIONES S.A., a recibir el capital pensional procedente del fondo privado PORVENIR S.A., a favor de la parte demandante, INCLUYENDO LOS DESCUENTOS HECHOS, DESDE LA GENESIS DEL TRASLADO Y HASTA QUE SE DEVUELVAN, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado.

SEPTIMO: Condenar en costas a favor de la parte DEMANDANTE y en contra de la demandada COLPENSIONES S.A., agencias igual a 1 S.M.L.M.V. \$908.526 DECRETO 1785 DE 2020 POR HABERSE OPUESTO A LAS PRETENSIONES, Y a PORVENIR S.A, a 2 S.M.L.M.MV., \$1.817.052 por haber sido el determinante del traslado de régimen pensional, Fundamento legal artículo 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA. Las agencias fijadas se tendrán en cuenta en su momento procesal oportuno para liquidar las costas.

OCTAVO: ORDENAR así fuere apelado esta sentencia por parte de COLPENSIONES S.A., se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior funcional, en razón a que hay condena al imponerse una obligación a COLPENSIONES S.A.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información al afiliado al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado. En relación a lo anterior, para el despacho existió una afectación del derecho fundamental de dignidad del trabajador a una vida digna, con una pensión por un valor mucho menor de mantenerse en el régimen, donde se está saltando la libertad de voluntad de escoger libremente el fondo por la parte interesada del afiliado, que tenía derecho a recibir una información veraz.

Así mismo, dado que las pretensiones principales prosperaron, no consideró necesario estudiar lo pedido de manera subsidiaria.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la ineficacia del traslado no es procedente por estar fundamentada en la falta de información al afiliado, siendo que el demandante el señor GUILLERMO RANGEL MARTINEZ en su interrogatorio de parte manifestó que lo visitaron del fondo, le hablaron acerca de una mejor mesada pensional y que el ISS se iba acabar, sin embargo su dicho es contradictorio pues indicó que no sabe nada de ninguna afiliación, ni de ningún documento, sin embargo como se demostró en el proceso si firmó el formulario de afiliación y se ratificó en el mismo. Señaló, también, que el ISS –hoy Colpensiones, no participó en el traslado de régimen del actor y no tiene ninguna responsabilidad en ese hecho.

Se refirió a la obligatoriedad que surge de recibir al demandante dentro del régimen de prima media, por cuanto esa situación genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que la demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca son suficientes para el otorgamiento de las pensiones, por lo que se genera un desbalance dentro de Colpensiones, situación que se debe cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional faltando menos de los 10 años para adquirir la pensión, transgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100.

Por último, se mostró inconforme con la condena en costas y agencias en derecho, argumentando que COLPENSIONES actuó con buena fe y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones.

2. PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que se encuentra inconforme con la decisión y solicita que sea revocada en su integridad. Frente a la ineficacia, reitera totalmente lo expresado en los alegatos. Frente a las condenas del numeral 2, solicitó que sea revocada conforme al artículo 964 del Código Civil inciso final que dice: “En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”.

Recalcó que estos frutos, conforme a la Ley 100 del 93, son la retribución por los servicios prestados por la entidad, y se utiliza para cubrir los costos y gastos de la actividad de la AFP y aquellos son situaciones jurídicas consolidadas y hechos consumados, por lo que son excepciones al retrotraer los efectos del traslado.

En relación con las primas pagadas por los seguros, informó que estas fueron sumas pagadas a favor de terceros como son las compañías de seguros, quienes prestaron sus servicios, es decir, quienes dieron cobertura durante

todo el tiempo que estuvo vigente la filiación de la señora demandante con el fondo; que al ya haber sido pagados, son dineros que son difíciles de restituir por cuanto son unos pagos que se hacen a unos terceros ajenos los fondos, y hay que tener en cuenta que la fuente de esas obligaciones es de carácter legal.

Consideró que este reconocimiento hace que se incurra en un enriquecimiento sin causa y a favor de Colpensiones, entidad que además de recibir los rendimientos va a recibir estas sumas adicionales.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

- 1. PARTE DEMANDANTE.** Solicitó la parte CONFIRMAR en su totalidad lo decidido por el juez de primera instancia en torno a la ineficacia de traslado declarada a su favor, incluidos los efectos a cargo de la A.F.P. PORVENIR S.A. – como determinante del ineficaz traslado donde actualmente se encuentra afiliado, incluyendo para tal efecto el ilegal actuar en que incurrió COLPENSIONES al invalidar el correcto traslado efectuado a dicho fondo público con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del régimen pensional previsto en la Ley 100 de 1993 con el trivial argumento de que solo tenía 749.57 semanas para ese momento -, estando ajustado a derecho lo decidido al respecto por el juez de primera instancia con base en la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social en torno al tema debatido, incluido el tema de redondeo o aproximación de decimales al número entero siguiente con lo cual tenía la plena libertad y la válida posibilidad legal de devolverse a COLPENSIONES en cualquier momento sin la limitante de no haberlo realizado antes de los últimos diez (10) años para cumplir la edad mínima para pensionarse.
- 2. PARTE DEMANDADA- PORVENIR.** En sus alegatos de conclusión, la pasiva solicitó se revoque la sentencia proferida por el A quo, y en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra.

Indicó que revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia vigente en la época del traslado.

Resaltó que La AFP PORVENIR informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen; que, de hecho, además de los canales dispuestos por la Administradora y el envío de la información junto con los extractos trimestrales, en el año

2004, PORVENIR S.A. junto con los demás fondos de pensiones realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y la demandante no hizo uso de ese legítimo derecho, por lo que nadie puede alegar su propia torpeza.

Respecto a la condena de que se restituyan con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A los gastos de administración descontados durante el tiempo que permaneció en el fondo, precisó que no comparte esta condena, pues al declararse la ineficacia del traslado, se ordena como consecuencia de ello, una serie de restituciones, entre ellas los frutos o rentabilidades generadas por el capital pensional, por lo tanto, se debe acudir al Código Civil, como referente normativo en este asunto; que en tal sentido, el artículo 964 del CC, inciso final, claramente establece que toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producir los frutos; que los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital.

3. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES. En sus alegatos de conclusión, la pasiva resaltó que a lo largo del debate probatorio llevado a cabo en la primera instancia, no se logró demostrar esa indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado del demandante, razón por la cual, no es procedente su declaratoria.

Una vez cumplido el término para presentar alegatos, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por el demandante GUILLERMO RANGEL MARTINEZ en el

año 2004 a PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.

2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliado con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Esto, conforme a la excepción de prescripción planteada por Colpensiones.
4. Por último, se revisará la condena en costas a Colpensiones.

ANÁLISIS PROBATORIO

A fin de resolver lo anterior, la Sala acatando lo normado en los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S., tendrá como pruebas los documentos debidamente allegados al plenario tanto por el demandante como por las entidades demandadas, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario. También se tomará en cuenta el interrogatorio efectuado al demandante en lo concerniente.

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por el demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia del ISS a hoy PORVENIR S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento del señor GUILLERMO RANGEL MARTINEZ para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, esta colegiatura precisa que los afiliados al sistema de seguridad social están facultados para escoger libremente a qué régimen se afilian, tal como lo preceptúa el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, en el que va inmerso como principio fundamental el consentimiento libre e informado y, en el evento de que se vislumbre un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será posible declarar la nulidad de tal escogencia.

El artículo 97 de la ley 100 de 1.993, enmarcó a los fondos de pensiones como constitutivos de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, lo que conlleva a la exigencia del cuidado de los intereses de quienes se ligan a ellas, el que inicia desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, dada la confiabilidad de quienes van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o una eventual pensión de sobreviviente para sus beneficiarios.

Por tanto se entiende que, las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones, con fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1.993; así mismo, se advierte, que el deber de información que le impone la ley a las administradoras de pensiones, se entiende como **obligación de carácter profesional** que se materializa a través de expertos en la materia a quienes le corresponde suministrar toda la información necesaria y relevante según sea el escenario en que se encuentra el afiliado o potencial vinculado, lo que implica un asesoramiento desde la antesala de la afiliación y que se extiende a todas las etapas de este proceso hasta que se garantice el disfrute de la pensión.

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 *“por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones”* impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro que el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2015 y la circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

Por lo antes mencionado, los fondos de pensiones son entidades con responsabilidades profesionales, aspecto plenamente respaldado en los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 y 1603 de C.C., por su responsabilidad en un tema tan técnico y profesional tienen el deber y la obligación de entregar una información clara y comprensible a las personas interesadas en adquirir sus servicios y afiliarse a las mismas.

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado, no siendo suficiente el simple consentimiento informado expresado en el formulario de afiliación, ya que esto no demuestra que en efecto se cumplió con el deber de suministrar dicha información, demostración está que por demás se encuentra, dentro de un proceso judicial, en cabeza del Fondo de Pensiones, invirtiéndose la carga de la prueba. (Ver sentencias de radicados N° 31989 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicado n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 27 de septiembre de 2017, SL 17595 con radicado n° 46292 de 18 de octubre de 2017, la sentencia SL 2372 con radicado n° 45041 de 23 de mayo de 2018, sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018 y SL 1452 de 2019).

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que el afiliado recibió la información adecuada, suficiente y cierta sobre su traslado, bajo el entendido de que las mencionadas entidades fueron creadas para cumplir un servicio público como lo es la seguridad social, con conocimientos y experiencia que resultan confiables a los ciudadanos quienes les entregan sus ahorros para la previsión a su vejez, invalidez o muerte.

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales, los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

Y entonces, según lo expuesto, se encuentra en cabeza del fondo de pensiones la obligación de controvertir la declaración de ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que, en su libelo introductorio, el señor GUILLERMO RANGEL MARTINEZ afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR, S.A., lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que el demandante GUILLERMO RANGEL MARTINEZ ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), y que el 13 de julio de 2004, realiza traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, suscribiendo formato de traslado No. 10795175.

Revisando las pruebas allegadas al plenario, se evidencia que si bien en el formato visto a folio 02 del archivo en PDF N.º 03 del expediente digital, el cual fue suscrito por el demandante, se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, considera la Sala que estas calidades de la decisión no se encuentran demostradas, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR, S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró al demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Así las cosas, en efecto, PORVENIR no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular de la demandante.

Reiterándose que, le correspondía a dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, al demandante en todo lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica como la contenida en la solicitud de vinculación, no es suficiente para inferir que existió una decisión documentada por parte del actor, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva PORVENIR.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo al demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PORVENIR S.A, y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el

traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual del demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento (error) por falta de asentimiento informado, no asistiéndole la razón a los recurrentes y quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable al demandante GUILLERMO RANGEL MARTINEZ por lo que, en esta instancia se CONFIRMARÁ lo resuelto por el juez A quo.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el demandante en el mes de julio de 2004, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Además, la mencionada Corporación se pronunció en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *statu quo ante* no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ

SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En este mismo sentido, la mencionada Corporación en su sentencia Rad. 31989 del 8 de septiembre, señaló:

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PORVENIR, las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, sumas estas que se encuentran bajo la custodia de las Administradoras, y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Esto fue recientemente establecido por la HCSJ en su Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL2877 de 2020, donde se indicó lo siguiente:

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las

cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.”

Así las cosas, no queda otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en cuanto condenó a la demandada a devolver *“al sistema, todos los valores, que hubiera recibido, con motivo de la afiliación, de la actora, como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos los frutos e intereses, como lo dispuesto, en el artículo 1746 del Código Civil. Esto es con los rendimientos, que se hubieren causados, en virtud del regreso automático, al régimen de prima media, con prestación definida.”*

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

Dicho lo anterior es necesario para esta Sala, pronunciarse respecto de la excepción de prescripción formulada por las demandadas, y que fue materia de inconformidad por Colpensiones, la cual se procede a denegar su prosperidad bajo los siguientes razonamientos.

La selección de régimen pensional es un acto derivado de la relación de afiliación (artículo 13 de la Ley 100 de 1993, hoy modificado por el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994), de tal suerte que la circunstancias en que se dio el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad de la demandante, precedido del deber del buen consejo por parte de la administradora de pensiones en la oferta precontractual de servicios que en el presente caso no se avizora, fue, en esencia, la forma en que nació a la vida jurídica el HECHO DE LA AFILIACIÓN al régimen de ahorro individual, por lo tanto, esa concreta situación fáctica que resulta inherente a la consolidación del ESTATUS PENSIONAL de la demandante no está sujeta al fenómeno de la prescripción, lo que igualmente se predica

de la condición de afiliado y los actos que emanen de tal condición, pues de allí surge el derecho a percibir y disfrutar vitaliciamente de la respectiva pensión.

En ese sentido, podemos concluir que la condición de afiliado y por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional.

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, ha señalado que los elementos consustanciales de la pensión no prescriben, como es el caso, del factor porcentual de la mesada, el salario, los límites temporales del IBL y la indexación, por lo que, la afiliación y cualquier acto derivado de la misma en el sistema pensional, a pesar que no sea un factor cuantitativo del derecho, necesariamente deben calificarse como elementos esenciales de status pensional, porque recuérdese que de la validez jurídica de esos actos deriva no solo el régimen a aplicar al pensionado, sino también a cual la entidad administradora de fondos de pensiones le compete el reconocimiento y pago de una prestación económica.

En suma, al tener la afiliación y sus actos subsiguientes, una estrecha relación con el derecho pensional, valga decir, por ser inherentes al mismo, resulta viable formular los reparos correspondientes en cualquier tiempo, al punto que, si se pensara de forma contraria, ni siquiera sería viable el retorno al régimen de prima media, en el evento en que se cumpla el requisito de permanencia mínima, ni los traslados entre administradoras pensionales.

Es entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas.

Igualmente, este criterio de imprescriptibilidad tiene sustento en argumentos expuestos en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, en providencia STL4593 de 2015, Radicación 39718 siendo magistrado ponente Jorge Mauricio Burgos Ruiz, donde se señaló que la nulidad de traslado sería imprescriptible si estuviera estrechamente ligado con la adquisición del derecho pensional, como derecho fundamental y como prestación económica ligada al mínimo vital y al derecho al trabajo del demandante, y el mismo estuviere amenazado con la proposición del medio defensivo de la prescripción.

En virtud a lo anterior, esta Sala arriba a la conclusión sobre la imprescriptibilidad del derecho a solicitar la nulidad de la afiliación, si se tiene en cuenta que precisamente la afiliación es la que genera para el afiliado la

posibilidad de obtener el derecho pensional, por supuesto, en las condiciones más beneficiosas, por lo que al estar íntimamente ligados, afiliación y status de pensionado, de ambos se debe predicar la imprescriptibilidad para hacer valer tales derechos de forma que se acompasen a la legalidad.

COSTAS PROCESALES

Por último, se rememora que las costas judiciales son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se incluyen: (i) **las expensas**, que son los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso y los causados en el desarrollo de la actuación, pero siempre distintos de los honorarios que se pagan a los abogados, como por ejemplo, la producción de determinadas pruebas, el valor del desplazamiento y el tiempo ocupado por los testigos en su declaración, las copias necesarias para surtir determinados recursos etc., y (ii) **las agencias en derecho**, que consisten en el valor que el juzgador le da al trabajo del profesional del derecho que ha salido avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto dichas entidades fueron vencidas en el proceso, a su cargo deberán imponerse las costas.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A., y en favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de diciembre de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte

demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A., y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Clase de Proceso: Ordinario Laboral
Radicado Juzgado, 540014105002 201700222 00
Partida Tribunal: 19770
Juzgado: Segundo de Pequeñas Causas Laborales
Demandante: JAIRO ANDRÉS TRIANA LESMES
Demandado: SERVICIOS PREEXEQUIALES LA
ETERNIDAD S.A.S.
Asunto: Recurso de queja

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de abril dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito a decidir el recurso de queja interpuesto por la demandada SERVICIOS PREEXEQUIALES LA ETERNIDAD S.A.S., el día 10 de agosto de 2021, en contra de la decisión de no conceder el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 16 de agosto de 2018, por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas Laborales de Cúcuta.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto respectivo, de lo cual quedó constancia en el Libro de Actas, se profirió el siguiente,

AUTO

COMPETENCIA DE LA SALA

Por competencia funcional asignada en el numeral 4 del literal B. del artículo 15 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por la Ley 712 de 2001 en su artículo 10, esta Sala es competente para conocer y decidir el recurso de queja reseñado y por lo mismo para decidir si procede o no el recurso de apelación denegado en primera instancia con indicación del efecto respectivo, teniendo en cuenta la sustentación formulada por el recurrente al interponer el recurso de queja.

ANTECEDENTES

El señor JAIRO ANDRÉS TRIANA LESMES instauró demanda ordinaria laboral en contra de la empresa SERVICIOS PREEXEQUIALES LA ETERNIDAD S.A.S., solicitando, entre otras cosas, la indemnización por despido injusto, demanda esta que correspondió por reparto al Juzgado Segundo de Pequeñas Causas Laborales de Cúcuta, unidad judicial que profirió sentencia condenatoria el día **16 de agosto de 2018**, con la presencia de las partes y sus apoderados, según consta en el acta de audiencia vista a folios 224 y 225 del expediente.

Mediante memorial allegado el **10 de agosto de 2021** el apoderado judicial de la demandada, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, el cual fue negado mediante auto de fecha 26 de octubre de 2021, manifestando la Juez de conocimiento que “el presente proceso tiene naturaleza de ÚNICA INSTANCIA de conformidad con el artículo 70 CPTSS, por lo cual no es procedente tal recurso”.

Frente a lo anterior, la pasiva interpuso recurso de reposición y en subsidio, el de queja, solicitando se admita el de apelación presentado, alegando que la sentencia proferida es condenatoria en una cuantía superior de los 20 SMLMV.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En este asunto se discute si es procedente o no el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 16 de agosto de 2018, por medio del cual se condenó a la pasiva al pago de acreencias laborales en un monto superior a 20 smlmv.

En primer lugar, y con el fin de resolver lo anterior, considera la Sala que le asiste la razón al recurrente en cuanto afirma que caso que una sentencia emitida dentro de un proceso tramitado como de única instancia en virtud de su cuantía, contenga condenas que superen los 20 smlmv sería susceptible de apelación ante el superior jerárquico; esto ha sido establecido por la HCSJ en sentencias de tutelas tales como STL22441 de 2022 y STL2288 de 2020, indicando en esta última lo siguiente:

De conformidad con esas premisas, en el sub lite no obstante haberse adelantado el juicio ordinario como de única instancia, lo cierto es que la condena impuesta a los

demandados, por la proyección que implica el pago de la sanción moratoria, supera los 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes, circunstancia que ha debido tener en cuenta el Juzgado censurado, al momento de pronunciarse sobre el recurso de apelación, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

Así las cosas, y sin que todo el trámite del proceso resulte viciado de nulidad, se revocará el fallo impugnado, y en su lugar, se concederá la protección del derecho fundamental al debido proceso de la sociedad Telmex Colombia S.A., se dispondrá dejar sin valor y efecto el auto del 5 de noviembre de 2019, proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Manizales dentro del proceso ordinario con radicado n.º 2016-00650, y se le ordenará que dentro del término improrrogable de diez (10) días contados a partir del día que reciba el expediente, rehaga dicha actuación, y proceda a estudiar el recurso de apelación formulado contra la sentencia emitida el 21 de octubre de 2019, conforme a la parte motiva de esta providencia.

Sin embargo, al revisar esta Sala las actuaciones que tuvieron lugar dentro del proceso en cuestión, evidente surge que el recurso de alzada presentado por la pasiva en contra de la sentencia, fue debidamente rechazado por la Juez A quo, al ser, a todas luces, extemporáneo al haber sido interpuesto por la parte el día 10 de agosto de 2021, es decir, casi tres años después de proferida la sentencia- el 16 de agosto de 2018-, la cual, al haber sido dictada en audiencia pública única de trámite y juzgamiento, fue notificada en estrados y por tanto se encuentra debidamente ejecutoriada.

Así las cosas, y sin necesidad de mayor análisis es posible declarar, como se dijo en precedencia, BIEN DENEGADO el recurso de alzada propuesto por la empresa SERVICIOS PREEXEQUIALES LA ETERNIDAD S.A.S. en contra de la sentencia proferida el día 16 de agosto de 2018, pero por las consideraciones expuestas en la presente providencia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**, por intermedio de su **SALA DE DECISIÓN LABORAL**

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR BIEN DENEGADO el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia de fecha 16 de

agosto de 2018 dictada en el presente proceso, por lo expuesto en la parte motiva de este auto.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriado el presente auto devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado Ponente



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Rad. Juzgado: 54-498-31-03-001-2018-00203-00

Partida Tribunal: 19290

Juzgado: Primero Civil del Circuito de Ocaña

Demandante: Olger Harit Vega Maldonado

Demandada (o): Empresa de Servicios Públicos ESPO S.A.

Tema: Contrato de Trabajo

Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, **veintinueve** (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ocaña, el día 09 de diciembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-498-31-03-001-2018-00203-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 19.290 promovido por el señor OLGER HARIT VEGA MALDONADO en contra de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS ESPO S.A. y la LLAMADA EN GARANTÍA LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.

I. ANTECEDENTES

El demandante por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS ESPO S.A., pretendiendo que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 13 de octubre de 1994 hasta el 31 de julio de 2017 que termino por causa imputable al empleador, en consecuencia, se condene a la demandada al pago de las prestaciones sociales debidas, a las sanciones por no consignación de las cesantías, sanción moratoria por despido sin justa causa, al pago de las sanción moratoria del art. 65 del CST; pago a la seguridad social integral, se ordene pagar la pensión sanción, la indexación de las sumas adeudadas y condenar en costas al demandado.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: que inició una relación laboral con la empresa demandada el 13 de octubre de 1994 realizando actividades de: tomar lecturas, distribución de recibos casa en casa, realización de revisiones internas entre otras; que devengó \$3.000.000; que cumplía horario; que desempeñó la labor bajo continua

subordinación, que fue despedido sin justa causa el 31 de julio de 2017, que nunca le pagaron seguridad social integral, que no le pagaron vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías, ni prima de servicios; que presentó reclamación administrativa ante la empresa para el agotamiento de la vía gubernativa (sic).

III. NOTIFICACIÓN AL DEMANDADO

Notificado el libelo demandatorio a la demandada, no aceptó los hechos y se opuso a todas las pretensiones, alegando que lo pedido no se ajusta a la verdad real, asegurando que nunca existió un contrato de trabajo entre la empresa y el actor; que, mediante trámite de licitación, se suscriben contratos de prestación de servicios para desempeñar labores de mensajería que incluye la toma de lecturas y distribución de recibos, las cuales se contratan con diferentes empresas, la primera fue con la CTA servicios técnicos de acueducto y alcantarillado de Ocaña Ltda., COOSERTACO en liquidación; que también se contrató con la empresa TECNICOS EN FONTANERÍA TECFON EAT de la cual, el demandante es socio y contador según el certificado de la cámara de comercio; propuso como excepciones de mérito la inaplicabilidad del CST, inexistencia de la relación laboral, inexistencia del derecho pretendido, inexistencia de la concurrencia de los 3 elementos del contrato de trabajo, incongruencia entre los hechos y la vida real, falta de legitimación en la causa por pasiva, errada determinación de la órbita laboral para desatar el conflicto planteado, el cobro de lo no debido, indebido aprovechamiento del demandante en las liquidaciones de empresas en las que era asociado, imposibilidad de alegar a su favor su propio error, compensación, indebida acumulación de pretensiones, enriquecimiento sin causa, mala fe del demandante, buena fe de la demandada, prescripción y la genérica.

LLAMADA EN GARANTÍA LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA a través de su apoderado judicial negó los hechos y se opuso a las pretensiones alegando que no existen deudas con el demandante, ya que se pagaron todas las obligaciones legales; propuso como excepciones de fondo la carencia del derecho reclamado, la carencia de responsabilidad, la inexistencia de la obligación a indemnizar, la falta de la legitimación por pasiva, la limitación de la responsabilidad, la buena fe, la coadyuvancia de las excepciones presentadas por los demandados y la innominada.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Primero Civil del Circuito de Ocaña, en sentencia de fecha 09 de diciembre de 2020, resolvió denegar las pretensiones de la demanda instaurada por OLGER HARIT VEGA MALDONADO contra la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE OCAÑA E.S.P. ESPO S.A., y condenó en costas al demandante.

Precisó la Juez A quo, que, de conformidad con las pruebas aportadas y las declaraciones rendidas en audiencia, se demostró que el demandante **prestó sus servicios a ESPO S.A** en forma continua sin interrupción del 13 de octubre de 1994 al 31 de julio de 2017 en las actividades que se refiere en la demanda, mediante contratos de prestación de servicios con terceros, que laboraba todas las semanas de lunes a viernes y sábados medio día; de 7:00 a 8:00 de la mañana recibía de la jefe de atención al usuario las ordenes de servicios a ejecutar diariamente y la factura de los servicios públicos cuando correspondía su reparto, al igual que a las 2:00 de la tarde, actividades que se desarrollaban durante el resto del tiempo por fuera de las instalaciones de la empresa de ESPO S.A, las rutas que se les asignaban previamente de acuerdo con los cronogramas fijados por la empresa para la prestación del servicio; que el demandante y demás asociados pasaban de ser miembros asociados de una empresa contratista a otra de las mencionadas por iniciativa de ESPO S.A; se demostró igualmente con prueba testimonial que el demandante fue asociado de las empresas COOCERTACO LTDA, TECFON EAT, TECFON SAS y Lectores 2 SAS. Igualmente, que la empresa ESPO S.A prescindió de los servicios del demandante cuando se dio por terminado el último de los contratos de prestación de servicios celebrado con Lectores 2 SAS el 31 de julio de 2017, que de acuerdo a prueba documental se realizó de común acuerdo entre la contratante y la contratista, lo que obligó a sus asociados a su disolución.

Respecto al elemento de subordinación, consideró que la prestación de servicios por parte del demandante fue de forma independiente y autónoma, que no se desplegaron actos de subordinación, *“que lo que se denota es una coordinación en cuanto a los servicios contratados, toma de lecturas y distribución de recibos, que estos fueron prestados con sus propias herramientas, pues el suministro de medidores y unidades de reparación de parte de la pasiva hacen parte del cumplimiento de su obligación legal como Empresa de Servicios Públicos de conformidad con el artículo 14 numeral 22 de la ley 142 del 94 y que era lógico que los contratos especializados como los suscritos entre las partes, se ejecutarán de acuerdo a unos parámetros establecidos por el contratante, al tratarse de una labor que dependía de los requerimientos de los usuarios de la empresa, que el recoger las órdenes de servicio a una hora determinada por sí solo no representaba actos de subordinación, porque en el tipo de labor prestada era necesario un horario para la asignación de tareas o ejecutar las labores pactadas como objeto del contrato”*.

Concluyó que, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la relación de trabajo del demandante, se desarrolló con supuestos diferentes a los analizados por la Sala Laboral del Tribunal del Distrito Judicial de Cúcuta, esto es, **en este asunto no existe subordinación**, uno de los elementos esenciales para que exista contrato de trabajo, el cual debe concurrir con la prestación del servicio personal del trabajador y de una remuneración por

esos servicios, de conformidad con el artículo 23 del Código Sustantivo Del Trabajo; esto es, reitera, que la prestación del servicio del demandado con la empresa ESPO S.A no se dio en cumplimiento de una relación laboral amparada por las normas del Código Sustantivo Del Trabajo, porque la conducta asumida por la empresa demandada a través de las áreas de atención al usuario, físico operativa y comercial, obedecía a labores de supervisión de los contratos de prestación de servicios celebrados por la empresa demandada con la contratista y en desarrollo del objeto social de la contratante frente a los requerimientos de sus usuarios, siendo necesario el **ejercicio de supervisión y control de la misma sobre la prestación de los servicios, sin que por ello pudiera predicarse una imposición de órdenes e instrucciones de empleador.**

Que, desvirtuada la subordinación de la relación jurídica entre las partes, analizada respecto de los aspectos mencionados, “la profundización sobre cualquier otro analizarse en la presente causa caería en el vacío por sustracción de materia, por lo cual deberán denegarse las pretensiones de la demanda y condenarse en costas a la parte demandante”.

V. RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

Al encontrarse en desacuerdo con la anterior sentencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que, si bien es cierto la Juez A quo al valorar el acervo probatorio y los testimonios, no se conduele con la narración estricta vinculada al ejercicio propio de las labores que desarrolló el señor Olger Harit Vega Maldonado a favor de la empresa de servicios públicos de Ocaña, también es cierto que la misma no realizó un análisis de la Ley 142 de 1994, que en su artículo 41, hace referencia a la obligatoriedad de tener la vinculación de quienes desarrollan el objeto social de las empresas de servicios públicos vinculados como trabajadores de planta y no como trabajador de prestación de servicios y que fue claramente analizado durante el interrogatorio presentado por el doctor Arrieta, en el cual manifiesta de que efectivamente este tipo de vinculación es característica de realizar en las empresas de servicios públicos de Ocaña y que podría tenerse como una presunta tercerización en cuanto a la vinculación laboral; razón por la cual, solicita que sea revocada en su totalidad la sentencia de primera instancia y se reconozcan las pretensiones pedidas.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandada presentó sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

El apoderado judicial del demandante sostiene que la Juez A quo omitió valorar las declaraciones de los testigos traídos por esta parte, contrario a los de la parte contraria que fueron tachados *“dejando de manera desproporcionada la balanza de la justicia a favor del demandante... apartándose el honorable juez del precepto constitucional del principio de favorabilidad que arroja al trabajador, no solo desde la órbita nacional, sino también bajo el ordenamiento internacional al cual estamos obligados por preceptos del bloque de constitucionalidad”*.

Trae a colación la Sentencia 00041 de 2016 Consejo de Estado, respecto al principio de la realidad sobre las formalidades / contrato de trabajo; de igual forma, hace una breve reseña sobre el “contrato realidad de trabajadores en misión en entidades públicas vinculados mediante empresas de servicios temporales (sic)”; citó al Dr. Elver Naranjo Magistrado de esta Sala en una sentencia del 30 de septiembre de 2021 (no trae el radicado), en la que señaló: *“Para tal fin, menester es partir del artículo 53 superior, el cual consagra el principio de “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*.

Igualmente, trae apartes pertinentes sobre el contrato de trabajo dispuestas en las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, enero 25 de 2017, radicación 48890, y Corte Constitucional sentencia C-016-98.

Consideró que, de las pruebas se logra demostrar que el contrato que ató a los litigantes es de naturaleza laboral, dígame contrato de trabajo. Que, para la ejecución de las labores del actor, se requerían herramientas y elementos de trabajo que se solicitaban a la pasiva; *situación que no era eventual y que se presentaba de manera continua como se avizora en los folios 246 y 304. Lo referido coincide con lo dicho en los testimonios practicados en cuanto afirman el hecho de que siempre le fue otorgado los elementos de trabajo, evidenciando que, de no suministrarse las dotaciones e implementación necesaria, podría afectar los resultados en el objeto del contrato. Nótese que dicha situación fue prevista en el contrato suscrito entre las partes en la cláusula quinta relativa a las obligaciones de la empresa, en su numeral 3, el cual dispone “suministrar los insumos necesarios para el cabal cumplimiento del objeto contratado, previa verificación por parte del interventor del contrato”*. Sugiere tener en cuenta lo preceptuado en la sentencia SL13020-2017.

Que otro aspecto que se demostró, fueron las multas y sanciones por parte de la demandada, inclusive el cumplimiento del horario, configurándose una presunta intermediación laboral, las cuestiones de tiempo, modo o lugar y forma de la prestación del servicio: que la empresa de servicios públicos ESPO S.A desdibuja la figura del contrato de prestación de servicios, bajo la obligatoriedad para poder seguir contratando de la constitución de una empresa S.A.S y de una empresa temporal, se *determinó dentro del proceso*

de que efectivamente el cumplimiento de los elementos esenciales del contrato estaban dados y se demostró a favor de mi poderdante y que no fueron desvirtuados en ningún acápite por parte de la demandada; tanto es de que nunca fue controvertida, controvertida por la demandada haciendo presumir los demás elementos que dé más por conformidad de los testimonios, tanto de la parte demandante como de la demandada, se afirma que la función que ejercía, que hoy en día un tercero de planta cumple la misma función.

Que a la luz de la ley 142 de 1994, artículo 41, las personas que prestar sus servicios a las empresas de servicios públicos se regirán por el contrato de contrato de trabajo y por el código sustantivo del trabajo y de la seguridad social, de manera que es un imperativo jurídico y una orden de carácter legal, “*siendo el objeto principal de ESPO la prestación del servicio público de agua, aseo y alcantarillado, funciones que estaban en cabeza del estado pero que fueron entregadas a un tercero para que mediante ganancias prestara el servicio, de manera que la facturación hace parte principal de la función de la empresa de servicios públicos, tanto como el control para poder generar el cobro y poder determinar aquellos usuarios que se encuentran en mora y generen la posibilidad o la necesidad de gene, de realizar la suspensión de los mismo; actividades a las que se dedicó el señor OLGER HARIT VEGA MALDONADO mientras estuvo vinculado a la empresa ESPO. Al estar bajo la subordinación y vigilancia de las actividades de mi prohijado, estaban sujetas a las órdenes del departamento de facturación y control interno, no puede ser desconocido por la empresa, creando unos acuerdos desprovistos de legalidad pertinentes del caso, así como lo ha indicado la sentencia C253 DE 1996...*”

En conclusión, solicitó REVOCAR el fallo de primera y en su lugar ordenar el reconocimiento y pago de los valores ciertos e indiscutibles, así como los inciertos y discutibles, productos de la relación laboral existente, así como al pago de las sanciones que ordena la ley y todos y cada uno de los emolumentos a que tenga derecho el señor OLGER HARIT VEGA MALDONADO, que sean evidenciados por su señoría. a la luz de los principios de ULTRA y EXTRA PETITA.

LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS ESPO S.A. E.S.P., pide confirmar en todas sus partes la sentencia de primera instancia, al sostener que el apoderado judicial del demandante mal interpretó los supuestos, ya que no se está en presencia de una E.S.P. que contrata con empresas temporales *versión que en ningún momento se planteó dentro del proceso, ni en la demanda, ni se debatió dentro del mismo, menos aún cuenta con prueba en el caudal probatorio, ni se mencionó tal tema, dentro de los alegatos presentados en primera instancia, ni al momento de fundamentar el recurso que nos ocupa y por lo tanto no es posible que se sorprenda o asalte a la demandada en esta instancia, con argumentos nuevos y desconocidos para la pasiva, sin haber tenido la oportunidad de controvertir.*

Señaló que en este asunto la empresa ESPO realizó contrato con varias empresas, y no hubo contrataciones con unas de servicios temporales como lo deduce el demandante; asegura que no es aceptable que en los argumentos de los alegatos de segunda instancia lo señale por no ser debatido desde el inicio del proceso.

Arguye que la ESPO S.A., nunca tuvo intención de contratar con empresas temporales, sino con verdaderas empresas independientes, autónomas y responsables para que pudieran cumplir con las obligaciones laborales de los trabajadores a su cargo, tal como así se hizo.

Sostiene que los alegatos de segunda instancia presentados por el demandante, no tienen relación con los hechos debatidos en este proceso, pues mencionada una providencia emanada de ese distinguido tribunal, con fecha 30 de septiembre de 2021 y adicionalmente, hace referencia a respuestas y declaraciones relacionadas con otro demandante de la empresa ESPO, cual fue el señor FERNANDO SANCHEZ BARBOSA, quien fue vinculado mediante contratos de prestación de servicios en el vivero del Municipio de Ocaña, respuestas y declaraciones, que asegura *“inducen al Despacho a su digno cargo a una confusión o inducen a error, ya que, se refiere al testimonio de una señora MYRIAM, que nunca declaró en este proceso, a una carta explicativa sobre el porqué debía continuar en el vivero, que supuestamente aparece a folio 99 y se refiere a un supuesto reemplazo en el trabajo que ejecutaba el demandante ahora por parte de un personal de planta, situaciones, aseveraciones y pruebas, **que no, corresponden a este proceso**”*.

En concordancia con lo anterior, arguye que ***se induce a error al juzgador de segunda instancia, indicando hechos, documentos, testimonios que no corresponden al proceso iniciado por el señor OLGER HARIT VEGA MALDONADO en contra de la empresa ESPO S.A., sino a otros***, siendo el escrito es incongruente o inentendible, pues, en nada tienen que ver con el proceso que se analiza, máxime si se trata de casos completamente diferentes.

Ratificó lo manifestado en la contestación de la demanda y los alegatos, en el sentido de asegurar que la empresa ESPO S.A. contrató con las referidas empresas, COOSERTACO, LECTORES 2 SAS y demás, cumpliendo de manera cabal con lo estipulado por la Ley y en protección al derecho de los trabajadores, verificó la legalidad en la constitución de la contratista y exigió para cada pago de las actas de avance, presentar con las cuentas de cobro, el soporte de pago de aportes a seguridad social y parafiscales, asegurando con esto también el mantenerse indemne de cualquier reclamación laboral.

Que en desarrollo de la mera formalidad del mencionado artículo 41 de la Ley 142 de 1994, se deberá acudir al principio de realidad sobre la forma, asegurando que, de los hechos acreditados y las declaraciones brindadas por

los testigos, el demandante recibía una suma que no puede precisar y que los valores correspondían a trabajos de varias personas, no, de él solo y que, la empresa ESPO S.A., no participaba en el manejo operativo, administrativo, ni económico de cada una de las empresas contratistas, siendo probado que no se configuran los tres elementos de que habla como exigencia, el artículo 23 del C.S.T.

LA LLAMADA EN GARATÍA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, solicitó confirmar en todas sus partes la sentencia proferida por la Juez A quo, al encontrarse demostrado que la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE OCAÑA ESPO S.A. no es la responsable de las prestaciones alegadas por el actor en razón a que no existe contrato que sugiera una vinculación laboral con la sociedad, ya que el señor OLGER HARIT VEGA MALDONADO hacía parte del personal destinado por la empresa LECTORES S.A.S., contratista de la sociedad demandada para la ejecución de los contratos suscritos con la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE OCAÑA S.A. E.S.P. ESPO S.A., razón por la cual no está obligada a asumir una obligación de la que no es responsable.

Una vez cumplido el término para el efecto, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para decidir el recurso de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003.

El problema jurídico que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si en el presente caso, la prestación del servicio del demandante OLGER HARIT VEGA MALDONADO a favor de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE OCAÑA E.S.P. ESPO S.A. se surtió mediante un contrato de trabajo en aplicación al principio de la primacía de la realidad conforme lo argumenta el recurrente y en dado caso tendría derecho al pago de las pretensiones sociales incoadas en la demanda, o de lo contrario, la empresa demandada desvirtuó el elemento de la subordinación, al demostrar que la labor ejecutada por el actor a favor de la pasiva, la realizó en forma autónoma e independiente a través de contratos de prestación de servicios con empresas legalmente constituidas, las cuales hacía parte el demandante en calidad de socio y/o representante legal como lo resolvió la Juez A quo.

Solución del Problema Jurídico.

Conforme al principio general de la carga de la prueba contemplado en el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual es aplicable a nuestro Procedimiento Laboral por integración normativa del artículo 145 del C.P.L., quien pretenda beneficiarse de los efectos jurídicos consagrados en una norma debe probar los supuestos de hecho consagrados en ella.

En este entendido, cabe señalar que el proceso laboral a pesar de ser en su gran parte inquisitivo por las amplias facultades conferidas al juez para impulsarlo, no libera a las partes para probar sus afirmaciones y excepciones; fundamentado en ello, al actor le correspondería probar los hechos en que apoyó sus pretensiones en cuanto a la actividad personal a favor de la demandada, la respectiva y continuada subordinación jurídica que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, la remuneración percibida conforme al art. 23 del C.S.T., pero, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, será pertinente hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del C. S. del T. modificado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990, que consagró que “*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”.

De acuerdo con lo anterior, al demandante le basta con probar en curso de la Litis, la prestación o la actividad personal a favor del demandado, para que se presuma el contrato de trabajo y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario, acreditando que tal actividad era de carácter autónomo e independiente.

Conviene igualmente recordar, que el principio de la primacía de la realidad, permite darle prelación a las circunstancias que rodearon la relación jurídica más que a las formas, a fin de determinar el pleno convencimiento del Juez con respecto a los servicios prestados por una persona natural, constituyendo el carácter protector que orientan las normas laborales, y que otorga a quien alega su condición de trabajador, una ventaja probatoria, consistente en la demostración por cualquier medio, de la simple prestación del servicio o actividad personal.

En ese orden de ideas, a efecto de resolver la controversia, la Sala procederá a estudiar el material probatorio allegado al proceso, con el objeto de acreditar si con dichos medios de convicción es factible inicialmente demostrar la ACTIVIDAD PERSONAL desarrollada por el señor OLGER HARIT VEGA MALDONADO a favor de la demandada EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE OCAÑA ESPO S.A. E.S.P.

Prestación Personal del Servicio.

Así las cosas, de las pruebas documentales aportadas se encuentran los siguientes contratos de prestación de servicios:

Contrato No.	Contratante	Contratista	Inicio - Final	Objeto	Folio
016/03	LA ESPO S.A. E.S.P.	TECFON E.A.T.	2 enero – 31 diciembre 2003 (11 meses)	Toma de lectura y distribución de recibos, reportar toda clase de novedad que genere el medidor etc.	PDF No.5 Folios 244-257
016/04	LA ESPO S.A. E.S.P.	TECFON E.A.T.	2 enero – 31 diciembre 2004 (11 meses)	Toma de lectura y distribución de recibos, reportar toda clase de novedad que genere el medidor etc.	PDF 5 Folios 258-270
013/05	LA ESPO S.A. E.S.P.	TECFON E.A.T.	2 enero -31 diciembre 2005 (11 meses)	Toma de lectura y distribución de recibos, reportar toda clase de novedad que genere el medidor etc.	PDF 5 Folios 271-282

012/06	LA ESPO S.A. E.S.P.	TECFON E.A.T.	3 enero -31 diciembre 2006 (11 meses)	Toma de lectura y distribución de recibos, reportar toda clase de novedad que genere el medidor etc.	PDF 6 283-293
016/008	LA ESPO S.A. E.S.P.	TECFON E.A.T.	2 enero-31 diciembre 2008 (11 meses)	Toma de lectura y distribución de recibos, reportar toda clase de novedad que genere el medidor etc.	PDF.2 FOLIOS 57-70 Expediente
014/2009	LA ESPO S.A. E.S.P.	TECFON E.A.T.	2 enero 31 diciembre de 2009 (11 meses y 29 días)	Toma de lectura y distribución de recibos, reportar toda clase de novedad que genere el medidor etc.	PDF.2 FOLIOS 71-72 Expediente
017/2010	LA ESPO S.A. E.S.P.	TECFON E.A.T.	1 febrero 2010 – 31 diciembre de 2010 (11 meses y 29 días)	Toma de lectura y distribución de recibos, reportar toda clase de novedad que genere el medidor etc.	PDF.2 FOLIOS 71-72 296-300 Expediente
024/2011	LA ESPO S.A. E.S.P.	TECFON E.A.T.	1 febrero 2011-31 diciembre 2011 (11 meses)	Toma de lectura y distribución de recibos, reportar toda clase de novedad que genere el medidor etc.	PDF.2 FOLIOS 93-97 Expediente
074/11	LA ESPO S.A. E.S.P.	TECFON S.A.S.	1 enero – 31 diciembre 2012 (12 meses)	Toma de lectura y distribución de recibos, reportar toda clase de novedad que genere el medidor etc.	PDF 2 Folios 219-224
023/13	LA ESPO S.A. E.S.P.	TECFON S.A.S.	1-enero-31 diciembre 2013 (12 meses)	Toma de lectura y distribución de recibos, reportar toda clase de novedad que genere el medidor etc.	PDF.1 FOLIOS 42-56 Expediente
024/2014	LA ESPO S.A. E.S.P.	TECFON S.A.S.	1 enero -31 diciembre 2015 (12 meses)	Toma de lectura y distribución de recibos, reportar toda clase de novedad que genere el medidor etc.	PDF 5. Folios 229-243
030/2016	LA ESPO S.A. E.S.P.	LECTORES S.A.S	1 febrero -31 diciembre de 2016 (11 meses)	Toma de lectura y distribución de recibos, reportar toda clase de novedad que genere el medidor etc.	PDF No.2 Folios 98-112
019/2017	LA ESPO S.A. E.S.P.	LECTORES S.A.S	1 febrero 2017-31 julio 2017 (6 meses)	Toma de lectura y distribución de recibos, reportar toda clase de novedad que genere el medidor etc.	PDF No.2 Folios 113-127

De los contratos de prestación de servicios relacionados, se hace importante señalar, que se allegaron el certificado de existencia y representación de la Empresa Asociativa de Trabajo TECNICOS EN FONTANERÍA TECFON E.A.T., que señala su creación mediante acta en la notaría 2ª de Ocaña el 30 de noviembre de 2001 donde figura como socio- director ejecutivo y representante legal el señor Edwin Reina y en calidad de socio **y tesorero el demandante Olger Harit Vega Maldonado**, además, la conforman por dos socios más, de nombres Orielso Becerra Becerra y José Edgardo Zambrano Lobo, cuyo objeto social es: “*Prestación de los servicios de fontanería y otras actividades conexas...*” (folios 305-306 del PDF 7). Igualmente, a folios 316-317 se aportó el certificado de existencia y representación legal de la empresa LECTORES 2 S.A.S., creada mediante asamblea constitutiva del 17 de enero de 2016 y nombrado como **representante legal al demandante Olger Harit Vega Maldonado**, con domicilio principal carrera 23ª-36 Barrio Marabel, actividad económica captación, tratamiento y distribución de agua; disuelta mediante asamblea general extraordinaria el 17 de noviembre de 2017. Así mismo, según certificado expedido RUES las tres empresas, TECFON E.A.T., TECFON S.A.S y LECTORES 2 S.A.S. están disueltas. (PDF.7-folios 386-388).

De otro lado, en los contratos se estipularon como forma de pago, los valores discriminados por cada actividad realizada, por ejemplo, por toma de lectura \$99 la unidad y distribución de recibos \$180 unidad con deducciones por errores de lectura, por las revisiones a las instalaciones hidráulicas y sanitarias \$3.075, trabajos en acometidas domiciliarias de acueducto: fuga en la cajilla del medidor \$11.026, retiro de obstrucción en acometida \$13.456, reparación de acometida \$19.037, taponamiento de acometida \$19.053 y así sucesivamente por las demás actividades de fontanería y de acuerdo al año de suscripción del contrato el valor se modifica.

A folios 217-218 PDF 4, se observan actas de junta de socios 004 del 2013 y 0031 de 2010 suscritas por los socios de la empresa TECFON E.A.T. (Edwin Reina, Olger Harit, Orielso Becerra Becerra y José Edgardo Zambrano Lobo), donde autorizan al representante legal Edwin Reina Ascanio para que reclame los cheques girados por ESPO S.A., a nombre de la empresa.

Igualmente, a folios 174-203 PDF4 se aportaron las cuentas de cobro de los meses de enero hasta diciembre de 2015 que realizó el gerente de la empresa TECFON S.A.S. Edwin Reina ante la empresa ESPO S.A., donde se relaciona discriminadamente cada actividad realizada, los valores que van mensualmente desde \$5.379.747 hasta \$6.662.379.

También se allegó un derecho de petición presentado por el apoderado judicial del demandante el 25 de octubre de 2017 ante la ESPO S.A. en la que solicitó la existencia de la relación laboral conforme al art. 23 del CST desde el 13 de octubre de 1994 hasta el 31 de julio de 2017 con el pago de las prestaciones sociales, a lo que responde la empresa demandada el día 07 de diciembre de 2017 que no existen soportes de relación laboral (fls.2140-214 PDF4).

Se allegan cronogramas de actividades en los años 2007-2017, rutas, actividades realizadas por el demandante, una relación de usuarios de suspensión de servicios de acueducto, órdenes de trabajo (documentos sin firma), carnet de la empresa del demandante con la empresa COOSERTACO LTDA, carnet de la ESPO, donde se relaciona al actor en el cargo de LECTOR – CONTRATISTA (fls. 16-38 PDF1), de igual forma, a folio 40 del PDF 1 se allegó un documento expedido por el jefe del área físico operativa de la ESPO S.A. que certifica que el demandante labora para la empresa, pero sin fecha de expedición y bajo que modalidad de trabajo.

También se visualiza a folios 226-227 del PDF 4, un documento llamado ACTA DE LIQUIDACIÓN FINAL para el año 2012, pago total de \$125.031.784 hecho por la ESPO a favor de la empresa TECFON S.A.S.

Se allegaron las planillas de autoliquidación de aportes al sistema de seguridad social integral con la empresa TECFON S.A.S. sobre salario mínimo a favor del demandante durante el año 2015 (fls.204-209 pdf4). Y una carta suscrita por el representante legal de la sociedad en la que informa a la ESPO S.A. el cumplimiento del pago de la seguridad social, fechada el 29 de diciembre de 2011. (fl.228 PDF4).

Adicionalmente, se practicaron las siguientes declaraciones:

Interrogatorio de parte de Olger Harit Vega Maldonado, quien aseguró bajo juramento, que trabajó con la empresa ESPO desde el 12 o 13 de octubre de 1994, que venía de la empresa municipal de servicios públicos y luego inició con la ESPO S.A. hasta el 31 de julio de 2017; que cuando

“privatizan la empresa”, todos los trabajadores crearon una Cooperativa COOCERTACO LTDA ejerciendo las mismas labores: tomar lectura de los medidores del agua, distribuir recibos o facturas del agua, realizar suspensión del servicio del agua, reconexión del servicio del agua, revisiones internas a los inmuebles, cambios de medidor, actividades de fontanería relacionadas con cambio de medidor, cambio de la llave, arreglos de fugas.

Que estuvo vinculado a la ESPO S.A. E.S.P. con la cooperativa COOCERTACO, con la empresa TECFON porque la empresa demandada exigía la creación de las empresas, pero nunca supo las razones de tal exigencia; que recibía órdenes del jefe comercial, del jefe del área físico operativa, del jefe del área de sistema y facturación; aseguró que fue representante legal de la empresa LECTORES 2; que ellos compraban los uniformes porque la demandada lo exigía, que el material de trabajo también lo compraban cuando la ESPO no los suministraba y luego se lo pagaba o reembolsaba el gasto; que COOCERTACO tenía una oficina en el centro de la ciudad, que hoy en día todavía funciona pero con otro nombre.

A la pregunta realizada por la Juez: *¿Y las otras empresas, TECFON, TECFON EAT, TECFON SAS, Lectores 2 SAS, ¿esas donde funcionaban?*

Respondió: *Nosotros no teníamos oficina, porque como le digo los materiales los sacamos de la empresa, la sede podía ser la casa, la residencia, solamente una vez cuando eran herramientas grandes las cargamos, no teníamos oficina.*

Juez: *De acuerdo con la parte demandada ustedes cotizaban al sistema de salud y pensiones ¿esas cotizaciones quien las pagaba, directamente ustedes como trabajadores, las empresas COOCERTACO, TECFON, Lectores 2 SAS o ESPO, ¿quién hacía esos aportes al sistema?*

Respondió: *- Esos los hacíamos nosotros, porque lo del pago de las actividades que nos hacían iba incluido el valor de eso, de toda la carga prestacional, de eso de la salud, riesgos profesionales, todo eso.*

Señaló que en COOCERTACO eran muchos asociados, los de fontanería, los operadores de plantas, los lectores, y el TECFON sólo eran los lectores, José Edgardo Zambrano, Orielso Becerra, Edwin José Reina y Andrés Maldonado, y después de Lectores 2 con Edwin José Reina

JUEZ: *¿Esa decisión de que se dividan, de que entre a conformar parte de la empresa o de la otra, eso era de ESPO o era de los asociados de la empresa?*

Respondió: *- Eso era decisión de ESPO, nos decía tienen que formar una cooperativa o una EAT, vayan a la Cámara de Comercio, nada más que firmen y ellos no organizaban todo, hacían todo y nosotros íbamos y firmábamos y hacíamos parte.*

Sostuvo que con las contrataciones fue igual, la empresa ESPO hacía los contratos y les decía que firmaran; que la demandada liquidó LECTORES 2 y les dijo que no volvían a trabajar; que, ante los errores cometidos en el ejercicio de la labor, la empresa ESPO les cobrara una multa, les descontaba del salario; que el pago de la labor se la consignaban a una cuenta; que las afiliaciones a la seguridad social eran sobre un mínimo, pero el salario era otro, hecho que se corrobora con las cuentas de cobro; aseguró que para la actividad de toma de lectura, tenía un ayudante por 4 o 5 días, que él lo pagaba y que ese valor estaba incluido en el pago que le daba la ESPO; Igualmente, que el pago del contador, gastos de oficina, reuniones, cámara de comercio, impuestos de la empresa lo pagaban ellos y que después la ESPO lo reconocía; aseveró que la ESPO asignaba la rutas y cada quien trabajaba en esas rutas; Que Maldonado era ayudante y luego ingresó a la empresa como lector; que la decisión de liquidar LECTORES 2 fue tomada entre su compañero Edwin Reina y él.

Carlos Eduardo Reyes Rincón, manifestó bajo la gravedad de juramento que, es abogado y trabajó con la empresa demandada desde el 2013 hasta el 2017 en el cargo de director de control interno, conoce al demandante desde hace 10 años, asegura que el actor ingresó mediante un contrato de prestación de servicios; que no sabe la fecha en que ingresó el demandante, sólo que ya estaba trabajando cuando él ingreso en el 2013.

Señaló que el señor Olger se encargaba de repartir recibos de la empresa por todo Ocaña, realizar instalaciones, estar pendientes de las órdenes de servicios, toma de muestras, lectura de medidores, instalación de medidores; que recibía órdenes del jefe comercial de la ESPO cuando había anomalías en los recibos, también recibía órdenes de la jefe de atención al usuario, de la auxiliar para hacer los cortes y las suspensiones, la instalación de los medidores que vendía la empresa.

Que el horario era dispuesto por el jefe de atención al usuario de la ESPO, quien se encargaba de organizar el trabajo para entregárselo a los que desempeñaban esa labor, que llegaban a las 7:30 de la mañana de lunes a viernes, se presentaban en la oficina de atención al usuario, les entregaban las órdenes de trabajo, recibía las órdenes, regresaban a la oficina a las 2 de la tarde donde recepcionaba las quejas, los reclamos o las solicitudes de servicios.

Que le comunicaban al jefe de atención al usuario o al auxiliar de la empresa ESPO cuando se les presentaba algún inconveniente y no podían hacer el trabajo, y la empresa delegaba a otra persona o les entregaba la labor a otra O.P.S. Que rendían informe sobre la actividad realizada algunas veces a diario, ante el jefe de atención al usuario o al jefe comercial de la ESPO.

Sostuvo que el pago era mensual mediante cuentas de cobro, pagaba el jefe financiero con visto bueno de gerencia y del jefe comercial. Que en algunas ocasiones la empresa les entregaba a los contratistas dotación de pantalón y camiseta; para los trabajadores de planta sólo recibían las secretarías y el jefe de atención al usuario. Que los implementos de trabajo los suministraba

la empresa. Aseveró que la empresa realizaba una actividad para los niños de los sectores vulnerables, y en ellas se invitaban a los contratistas de las OPS.

Le consta que para la época en la que él trabajó con ESPO, el personal de planta de la empresa eran 17 empleados: un gerente, el director de planeación, director jurídico, director de control interno, cuatro jefes, jefe comercial, jefe financiero, jefe operativo y otros, luego viene la auxiliar de almacén, jefe de atención al usuario, y los que realizaban las actividades que ejecutaba el demandante, todos eran por prestación de servicios. No sabe porque el demandante no siguió prestando los servicios para la empresa.

Aseguró que la empresa siempre ha manejado contratos de prestación de servicios para diversas “tareas necesarias” para ejercer su función. Nombró cada una de las actividades desarrolladas por los trabajadores de planta en el área administrativa y el área físico operativa, estos últimos se encargaban de reparar los daños en las redes de acueducto y alcantarillado, recolección del servicio público de aseo, subir a la plataforma los diferentes informes que debe gestionar la empresa, el manejo del almacén que estaba a cargo del jefe operativo, estar pendiente del relleno sanitario, entre otras.

Que no sabe si las empresas TECFON SAS y Lectores 2 SAS tuvieran infraestructura ni materiales para prestar el servicio, ya que todos los insumos los entregaba ESPO S.A. Que no tiene conocimiento quien le pagaba al demandante, que no sabe los nombres de las empresas en las que trabajó, pero cree, que TECFON S.A.S. eran socios el señor Olger con José Reina.

Que en algunas ocasiones a los contratistas se les aplicaba “como una sanción”, cuando manifestaban que no podían hacer un trabajo o no realizaban el trabajo, el jefe de atención al cliente disminuía el trabajo y eso repercutía en la cuenta de cobro, porque disminuía el valor que recibían por el trabajo.

Supone que las actividades realizadas por el demandante, hacían parte del objeto social de la empresa ESPO S.A., ya que, *si la labor era instalación de un medidor, la empresa iniciaba el cobro del servicio, ingresos que permiten el funcionamiento de la empresa*. Aseguró que el demandante portaba un carnet y tenía un uniforme o gorra que decía ESPO o contratista, para identificación y las personas conocieran que estaban vinculados a la empresa. Aseguró que la empresa contrató con varias empresas las actividades ejercidas por el demandante, que cada una se repartía un sector de Ocaña. Que en algunas ocasiones los contratistas recibían capacitaciones, por ejemplo, sobre el cambio el sistema de lectores, pero no recuerda si la capacitación la dio la empresa.

La señora Olga Lucía Baene Rangel manifestó conocer al demandante porque trabajó con la empresa ESPO desde el año 1995 hasta el 2005 y luego desde el 2009 hasta octubre de 2013, que inició como almacenista y termino como jefe de la oficina de atención al cliente; que el señor Olger era lector, repartía la facturación, hacía reparaciones de acometidas, instalaba medidores, hacía revisiones previas, todo lo que tiene que ver con el servicio

que presta la empresa, aseguró que el actor inició labores cuando la empresa ESPO también inició, esto es, en 1994, lo sabe por comentarios de terceros; que la empresa era quien manejaba las órdenes, que en el cargo de jefe de atención al cliente, elaboraba las órdenes de trabajo, les asignaba a cada uno de los contratista el lugar donde debían ir, que Ocaña estaba dividida en 60 rutas, cada uno de los contratista tenía una ruta; aseguró que el actor debía presentarse en la oficina a las 8 de la mañana y a las 2 de la tarde, de lunes a viernes, y los sábados trabajaban solo medio día; que el superior del demandante era el jefe del área comercial;

Aseguró que, la empresa *“obligaba el personal operativo a incorporarse como microempresas y mediante empresas asociativas”*, mediante contratos, por lo que, se les llamaba “contratistas”, sin embargo, aclara que, para “ella”, era verdaderos funcionarios de la empresa que no eran “simulados”, porque cumplían unas labores, llegaban a la oficina en un tiempo; que recibían indicaciones el área de servicio al cliente, el área operativa y el área comercial. Que conoce algunos nombres de esas empresas, como SERVIGRIFOS, FONTASERVICIOS, SERVIAGUA, COOCERTACO LTDA, TECFON, FONTANEROS y otras que no recuerda el nombre. Que no tiene conocimiento de las razones por las cuales la empresa realizaba esa clase de contratación.

Aseveró que el actor estuvo vinculado a la empresa TECFON E.S.T. y luego S.A.S., que la creación de esas empresas fue por iniciativa de la empresa ESPO S.A. E.S.P., que el representante legal era EDWIN REINA quien realizaba las mismas labores que Olger, también estaba Edgardo Zambrano y Orielso Becerra; que desconoce la fecha de retiro del señor Olger y los motivos de su retiro. Aseveró que esas empresas no tenían un local u oficina, que los materiales usados para realizar la labor se dejaban en la empresa ESPO.

Que los inconvenientes en las actividades las resolvía el jefe del área comercial, porque era el superior del demandante; que existe un inspector encargado de revisar los trabajos realizados por los contratistas, quienes debían seguir las órdenes en caso de daños o trabajos mal hechos. Que siempre usaron uniforme con el logo de la empresa ESPO.

Que nunca participó durante el momento en que la empresa ESPO firmó los contratos con las demás empresas, que no tiene conocimiento del valor de la tarifa pactada de cada actividad ejercida por el demandante, que para el momento en que estuvo trabajando para la empresa, solo conoció a la empresa TECFON E.S.P, y que recuerda que la empresa COOCERTACO también contrató servicios de plantas de tratamiento, tanques, toma de lecturas, recibos. Que la cuenta mensual de lo trabajado por el demandante, era global, de todos los trabajadores de la empresa contratista.

Que el señor Olger nunca tuvo un llamado de atención, que no tiene conocimiento si el uniforme que portaba era suministrado por la empresa

ESPO; aseguró que, para la realización de la actividad laboral, el demandante tenía un ayudante que era pagado directamente por él, pero que estaba incluido en el valor del ítem de la toma de lectura que pagaba la empresa.

José Gabriel Arrieta Bayona manifestó que es contador público, que trabajó en COOCERTACO en el cargo de revisor fiscal en 1993 por cinco o 6 años, que conoce al demandante quien trabajaba para la empresa ESPO; que COOCERTACO era una empresa de varios socios, que la ESPO contrató con ellos para la prestación de servicios; que COOCERTACO le pagaba al demandante quien ejercía de “fontanero cree”, en la ESPO; que recibía órdenes del representante legal de la primera; que las funciones eran dadas por la ESPO, que en caso de problemas e inconvenientes con el trabajo, la ESPO disminuía el trabajo de los socios, por ende, disminuía la remuneración mensual; que en la Junta Directiva de socios se ventilaban dichos inconvenientes; que la empresa funcionaba en el centro de la ciudad, tenía secretaría y era donde se reunían todos los socios; que estuvo con la empresa desde que inició hasta que se liquidó; que iba cada 15 días.

Edwin José Reina Ascanio manifestó que trabajó con la ESPO durante 26 años y 6 meses, desde el 14 de octubre de 1994 hasta el 31 de julio de 2017 y conoce a Olger Harit Vega Maldonado como compañero de trabajo durante el mismo tiempo, realizando actividades de: lector de medidores, entrega de recibos, suspensiones de servicios por no pago, instalaciones de llaves, cambios de medidores, revisiones a inmuebles por altos consumos, censos para los barrios nuevos. Que dependían de la oficina de atención al cliente, de la oficina del área comercial y de la oficina física operativa de la ESPO S.A; asegura que cumplían horario, que les daban un cronograma de actividades, que la ESPO les indicaba que debían realizar cada día y así sucesivamente hasta cumplir los 30 días del mes. Respecto al horario laboral, manifestó que trabajaban de lunes a viernes, se presentaban en la oficina a las 8 de la mañana, salían a realizar las actividades encomendadas y debían regresar a las 2 de la tarde a recibir las demás ordenes de servicio, salvo cuando debían tomar lecturas, en algunas ocasiones salían a las 6 a.m. y terminaban a las 5 de la tarde para cumplir las metas exigidas por la ESPO y conforme a las rutas. Aseveró que cuando se presentaban contingencias en la prestación del servicio o en caso de ausencia del trabajador, la empresa ESPO a través del jefe del área comercial autorizaba que se prestara otro día el servicio o cuando el trabajador creyera “conveniente”; aseguró que tuvo inconvenientes con un cliente y el jefe del área comercial lo sancionó (no explicó que clase de sanción recibió); que el demandante nunca tuvo llamados de atención; Que primero pertenecieron a la COOPERATIVA COOCERTACO LTDA en calidad de asociados, luego por disposición de la ESPO crearon una empresa asociativa de trabajo TECFON E.A.T. que luego se convirtió en TECFON S.A.S. y por último LECTORES 2.

Señaló que cada trabajador presentaba mensualmente el resumen de las actividades realizadas, y se entregaba el documento a la empresa ESPO, al área físico operativa quien lo verificaba y comparaba si en realidad se habían

hecho esas actividades y proceder al pago, que inicialmente era en cheque a nombre del representante legal luego a nombre de una cuenta a nombre de la empresa TECFON; que ellos compraban los uniformes por exigencia de la empresa ESPO. Que la demandada suministraba desde el almacén, todos los suministros necesarios para ejercer la labor, las baterías, las llaves, los medidores, los accesorios en PVC etc.; que no sabe porque la empresa ESPO no los volvió a contratar; asegura que la representación legal de las empresa TECFON Y LECTORES 2 era sólo “honorífica”, usada para que la demandada les pagara; que esas empresas no tenía infraestructura, la dirección que aparecía en la cámara de comercio era de la casa y se liquidó porque no justificaba el gasto cuando la ESPO decidió no contratarlos. Indicó que el tiempo de servicio fue continuo, que para la actividad de la toma de lectura debían pagarle a un ayudante pero que ese valor ya estaba incluido en lo pagado por parte de la ESPO.

Valoración Probatoria

De las pruebas anteriormente relacionadas, la Sala considera en primer lugar, que es acertado el argumento del Juez A quo, quien, determinó que los supuestos acreditados en este proceso, no son similares al estudiado por esta Sala en la sentencia de partida 19.360 con ponencia del Dr. Elver Naranjo, diferencia tangencialmente opuesta ya que en aquel caso, la contratación entre el demandante (persona natural) y la demandada (E.S.P. S.A.) fue directa, demostrándose sin duda alguna, que la prestación se regía bajo una relación de carácter laboral.

En este asunto, la contratación debatida, refiere a la relación jurídica entre dos personas JURÍDICAS, en donde el CONTRATANTE es la ESPO S.A. E.S.P. y el CONTRATISTA es la Empresa Asociativa de Trabajo TECFON, la sociedad TECFON S.A.S. y la sociedad LECTORES 2 S.A.S., empresas de las cuales, el actor OLGER HARIT VEGA MALDONADO participó en su creación, ya sea como socio y/o en calidad de representante legal.

Vicio del consentimiento.

Ahora bien, de las declaraciones rendidas por los testigos a favor de la parte activa, se deduce una afirmación común determinante, esta es: que el demandante fue “OBLIGADO por la E.S.P. ESPO S.A.” a la creación de las sociedades y/o empresas con las cuales se desarrolló la actividad, manifestación que concuerda con lo dicho por el demandante, cuando reitera que la empresa demandada les exigía crear empresa para contratar sus servicios.

Sin embargo, esta Sala con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica, en conjunto con el análisis integral del caudal probatorio, considera que, la realidad de los hechos acontecidos difiere de las interpretaciones del actor, puesto que, en sus declaraciones, existen incongruencias que impiden sujetar sus dichos a demostrar un vicio de

consentimiento por error, fuerza o dolo, primero, porque no existe prueba contundente de la exigencia de tal hecho, esto es, que la empresa ESPO S.A. E.S.P., los hubiera forzado para la creación legal de dichas sociedades, acto jurídico conformado por cuatro miembros para desarrollar una actividad comercial, generando derechos y obligaciones no solamente económicas, sino tributarias, comerciales, legales, personales, contractuales, y hasta penales, regidas por normas de orden general y público, que exige el engranaje de una actividad contable, presupuestal y de organización estructural, cuyas características deben ser analizadas por cada uno de los participantes y en aplicación al principio general del derecho, la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad, no es permitido alegar fuerza o dolo del consentimiento, sin traer pruebas si quiera indiciarias de tal conducta.

Aunado a ello, el actor manifiesta que ellos como empresa legalmente constituida, realizaban el pago del contador, gastos de oficina, reuniones, cámara de comercio, impuestos, pagos a la seguridad social y que después la ESPO se lo reconocía y/o que todo estaba incluido en el pago de las actividades; que ellos sólo debían ir a firmar en la cámara de comercio y los contratos, lo demás se encargaba la demandada, afirmaciones que no pueden ser consideradas ciertas sin la existencia de una prueba eficaz para declarar un vicio de consentimiento y menos aún, un desconocimiento de la ley y las consecuencias jurídicas que ello acarrea.

Por otra parte, es incongruente lo manifestado por el actor y su compañero Edwin José Reina Ascanio, cuando el primero dice que la empresa se liquidó porque ya no tenían trabajo y les estaba generando gastos, y el segundo alega que la empresa fue liquidada por orden de la demandada, desacierto que se resuelve analizando el acta de liquidación de la empresa LECTORES S.A.S. la cual data del día 28 de noviembre de 2017, es decir, realizada cuatro meses con posterioridad a la terminación de la contratación de servicios con la demandada el 31 de julio de 2017, por lo tanto, resulta ilógico mantener vigente por dicho interregno, una sociedad que fue presuntamente creada por decisión de la ESPO, de la cual ya no recibe beneficio alguno, como tampoco, pretender asegurar que durante los 4 meses los socios decidieron al unísono mantener una empresa que genera gastos y no se puedan lucrar de la misma ante la terminación de la vinculación contractual.

En ese orden de ideas, y a la luz de lo expuesto con anterioridad, funge palmario que en este asunto, no se demostró la actividad personal de OLGER HARIT VEGA MALDONADO a título personal a favor de la E.S.P. ESPO S.A., pues se itera, la prestación del servicio se efectuó a través de una persona jurídica legalmente constituida para tal fin, a través de las cuales el actor ejerció su actividad, y mediante la cual se efectuó la contratación de los servicios especializados prestados a favor de la demandada, de tal suerte, que en este evento la demandada simplemente puede ser considerada como “beneficiaria” del trabajo realizado por las sociedades constituidas, quienes conforme al artículo 34 del CST, son “contratistas independientes” y por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni

intermediarios de las personas que contraten la ejecución de dichos servicios.

Ahora, la Empresa de Servicios Públicos de Ocaña, E.S.P. S.A. conforme lo regula el art. 1º de la Ley 142 de 1994, es una sociedad por acciones que se encarga de la prestación de servicios de Acueducto, alcantarillado y aseo, con la participación del capital del Municipio de Ocaña, y de personas naturales, constituida mediante escritura pública No.246 del 13 de octubre de 1994; mediante concepto 860 de 2015 de la Superintendencia de Superintendencia de servicios públicos domiciliarios, señaló que en la actualidad la participación accionaria del Municipio de Ocaña está dentro del rango autorizado por el acuerdo N. 16 del 13 de julio de 1994, es decir, que corresponde a un 34.19% y el capital mayoritario está en cabeza de los particulares, que poseen el 65.81% constituyéndose en una empresa netamente privada, que en nada impide que realice contratos de prestación de servicios, con empresas legalmente constituidas, para algunas actividades de carácter técnico específico.

De la misma manera, el presupuesto de la actividad personal se destruye cuando en forma unísona los testigos manifiestan que, para la lectura necesitaban a un ayudante, y que era pagado por ellos mismos, que cuando adquirió experiencia, fue vinculado como socio de las empresas, desvirtuando una vez mas el carácter laboral en la relación, ante la ausencia de la prestación del servicio y/o la autonomía que el actor tenía para decidir pagarle a otra persona para terminar el trabajo encomendado; en consecuencia, en este especial asunto, no operó la presunción legal prevista en el art. 24 del CST, que beneficie a favor del actor, que su vinculación con la empresa demandada fue a través de un contrato de trabajo, ante la ausencia se repite, de elementos que acrediten la existencia de una actividad personal.

En concordancia con lo anterior, el ideal de contratación laboral es y sigue siendo, por regla, el formal, regido por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, en el caso de los trabajadores particulares, a través de contratos de trabajo, con todas las garantías constitucionales y legales. Es decir que, por principio, nuestro ordenamiento jurídico adopta una regla en virtud de la cual las actividades laborales permanentes de la empresa, naturales al ejercicio de su objeto social, deben ser suplidas con personal contratado directamente, pues, también por regla, el empleador debe responder por el trabajo del que se beneficia permanentemente. A esa regla debe añadirse otra, en virtud de la cual el suministro de personal está prohibido, salvo el que ejercen las entidades autorizadas expresamente por la ley para ello, con los límites legales y constitucionales pertinentes (sentencia CSJ SL3086 del 30 de junio de 2021).

Ello no quiere decir, en absoluto, que no existan otras alternativas de vinculación para otras necesidades, amparadas por el ordenamiento jurídico, como, en este caso, la contratación de servicios especializados a través de Empresas asociativas de trabajo o sociedades por acciones, solo que en este

caso, los socios de estas empresas prestaban los servicios en nombre de aquella, siendo que éstos mismos se responsabilizaban de forma autónoma e independiente, por la ejecución de sus actividades, cuyos direccionamientos contrario a sujetarse a la subordinación, constituye métodos de coordinación y organización de la empresa beneficiaria del servicio.

Por otra parte, a pesar del desacierto de la Juez A quo, al manifestar que se demostró la prestación del servicio directa del actor con la demandada, si en gracia de discusión se aceptare tal hipótesis, igualmente acertó en su decisión cuando declaró que la empresa demandad logró desvirtuar el elemento subordinación, todo ello, conforme a las declaraciones rendidas, de las cuales se extrae que el actor, se presentaba a las oficinas de la empresa ESPO S.A. a las 8 a.m. a recibir las órdenes de trabajo por parte del jefe del área de servicio al cliente, realizaba sus labores en los lugares donde fue encomendado, luego regresaba a las 2 de la tarde entregaba los documentos de lo realizado, de los cuales, esperaba el visto bueno del jefe del área operativa y terminaba; ello quiere decir, que para el ejercicio de sus funciones, no existió dependencia por parte de la empresa que permita inferir subordinación, por el contrario, de forma autónoma manejó el tiempo para la ejecución de su labor, actividades técnicas exclusivas que adquirió con la experiencia de años ejerciéndola, además, ninguno de los testigos confirmaron que recibió capacitaciones, orientaciones, tareas de aprendizaje que permita deducir la existencia de un jefe superior jerárquico.

En efecto, las afirmaciones respecto a que el demandante dependía de las órdenes de los jefes de áreas de cada departamento, porque éstos le entregaban las órdenes de trabajo, les daban el visto bueno a las cuentas de cobro, y que, la empresa les suministraba los elementos de trabajo en algunas ocasiones según lo dicho por el demandante, esto no es un indicativo inequívoco de la subordinación propia de un contrato de trabajo, puesto que estos son procedimientos constituyen medidas de organización propia de seguimiento del cumplimiento de los servicios en los términos contratados, natural de quien adquiere o contrata cualquier servicio.

Adicionalmente, en reiterados pronunciamientos de la CSJ, se ha dispuesto que la vigilancia, el control y la supervisión que el contratante de un convenio comercial o civil realiza sobre la ejecución y las obligaciones derivadas de tal relación, en ningún caso es equiparable a los conceptos de subordinación y dependencia propios del contrato de trabajo, pues estas últimas son de naturaleza distinta de aquellos. (ver sentencia SL9801/2015).

Otro aspecto importante, consiste en la remuneración pactada, de la cual, el demandante declaró que las cuentas de cobro eran pagadas a la cuenta del representante legal de la empresa, Edwin Reina y luego a una cuenta bancaria a nombre de la empresa, decisión que fue confirmada con el documento llamado junta de socios, donde aceptan de forma unánime, la entrega de los cheques a favor del representante legal.

Decisión.

En este sentido, el problema jurídico quedará resuelto en forma desfavorable al demandante, ante la inexistencia de los elementos previstos en el art. 23 del CST, estos son, ausencia de la prestación del servicio personal del actor a favor de la empresa demandada, ya que la actividad laboral ejercida por el actor fue en calidad de representante legal y/o socio de las empresas contratadas por la E.S.P. ESPO S.A., y si en gracia de discusión se aceptare que la actividad personal fue ejercida directamente para la sociedad demandante, de las pruebas allegadas se logró desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del CST, , al demostrarse que la actividad fue ejercida con autonomía e independencia, no quedando camino diferente para la Sala que CONFIRMAR en todas sus partes, la sentencia apelada proferida por la Juez Primero Civil del Circuito de Ocaña de fecha 09 de diciembre de 2020 por las razones expuestas en esta providencia.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a \$400.000 a cargo OLGER HARIT VEGA MALDONADO y en favor de LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE OCAÑA ESPO E.S.P. S.A. conforme a lo dispuesto al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

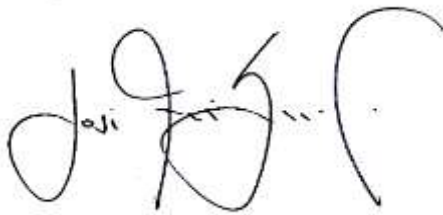
En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada proferida por la Juez Primero Civil del Circuito de Ocaña el día 09 de diciembre de 2020 por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a \$400.000, a cargo de OLGER HARIT VEGA MALDONADO y en favor de LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE OCAÑA ESPO E.S.P. S.A.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



(IMPEDIMENTO)
NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 044, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de mayo de 2022.



Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

RAD. ÚNICO: 54498310300120180020301
PARTIDA: 19.290
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: OLGER HARIT VEGA MALDONADO
DEMANDADO: ESPO S.A. E.S.P.

Sería del caso proceder a avocar conocimiento del proyecto remitido, si no observara que la suscrita magistrada debe declararse impedida para actuar en este asunto, por cuanto se suscita lo previsto en la causal consagrada en el numeral tercero del artículo 141 del Código de General del Proceso que dice: “*Son causales de recusación: 1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.*”; norma aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T.Y.S.S..

Lo anterior, teniendo en cuenta que mi cónyuge JESÚS HEMEL MARTÍNEZ CELIS es apoderado judicial de la ESPO S.A. E.S.P. en múltiples procesos activos y además presta asesoría jurídica permanente a la junta directiva de esa entidad para la defensa de los procesos que cursan en su contra; por lo que tiene un interés indirecto en las resultas del proceso.

En consecuencia, solicito al señor Magistrado JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA para que se sirva atender y dar trámite a la solicitud de impedimento manifestada.

CÚMPLASE


NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada