

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: 54-001-31-05-001-2019-00358-00

Partida Tribunal: 19365

Juzgado: Primero Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: Rafael Calvo Omaña

Demandada (o): CARBONES NORTESANTANDEREANOS S.A.S.

Tema: Contrato de Trabajo-ELR

Asunto: Apelación.

San José de Cúcuta, primero (01) de junio de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación propuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, el día 11 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2019-00358-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 19.365 promovida RAFAEL CALVO OMAÑA en contra de la sociedad CARBONES NORTESANTANDEREANOS S.A.S.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó como pretensiones principales: **el reintegro** por encontrarse en estabilidad laboral reforzada al momento del despido el día 16 de septiembre de 2016, sin haber solicitado la autorización ante el Ministerio de trabajo; que la empresa sea condenada a **reconocer y pagar todas las prestaciones sociales e indemnizaciones** dejadas de percibir desde el momento del despido 16 de septiembre de 2016 hasta la fecha de su reintegro; al pago de **la sanción prevista en la Ley 361 de 1997**; al pago de la **indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST**, por la deuda de los salarios de los meses de marzo y abril de 2016 antes de ser reintegrado mediante la acción de tutela; al uso de las facultades extra y ultra petita y al pago de las costas procesales.

Como pretensiones subsidiarias solicitó: que la empresa sea condenada a pagar la indemnización por despido injusto; nuevamente pide el pago de la sanción prevista en la Ley 361 de 1997; al pago de los salarios debidos de marzo y abril de 2016 junto con el pago de la indemnización moratoria del art. 65 del CST. Además, pretende que la empresa sea condenada al pago de los aportes en salud desde el 1º de enero de 2017 hasta marzo de 2020, los cuales fueron pagados en forma independiente.

II. HECHOS

El demandante sustenta las pretensiones en que, fue contratado por CARBONES NORTESANTANDEREANOS S.A.S. de forma verbal desde el **02 de mayo de 2015 en el cargo de hornero**; que el 30 de diciembre de 2015 sufrió accidente de trabajo reportado a la ARL POSITIVA; que fue atendido en la Clínica Santa Ana de Cúcuta con Dx: lumbago mecánico; que le expiden incapacidades médicas desde el 30 de diciembre de 2015 por tiempos continuos y discontinuos inferiores a 30 días hasta el 19 de febrero de 2016; que la empresa demandada le entregó la terminación unilateral del contrato el 23 de marzo de 2016 sin tener en cuenta que se encontraba en un procedimiento médico y tenía cita médica para el 28 de marzo de 2014 con el neurocirujano; el especialista le solicita una RNM de columna lumbosacra y le expide recomendaciones laborales; el 1º de abril de 2016 fue calificado el origen del accidente por parte de la ARL POSITIVA, mediante dictamen No.1234367 con Dx: contractura muscular de la región lumbar; el 20 de abril de 2016 le expiden incapacidad médica hasta el 23 de abril de 2016; que mediante fallo de tutela el Juzgado Primero Municipal Civil de Cúcuta amparó sus derechos vulnerados y ordenó a la empresa el reintegro y la reubicación laboral; el 20 de mayo de 2016 fue reintegrado y la empresa realizó los respectivos estudios y capacitaciones de salud ocupacional; los días 10 y 24 de agosto de 2016 fue atendido por el Doctor Wilson Picón quien ordenó plan de manejo y recomendaciones laborales; el 09 de septiembre de 2016 fue valorado por el fisiatra y el médico laboral quienes suscriben recomendaciones laborales y expiden incapacidad médica hasta el 15 de septiembre de 2016; el 16 de septiembre de 2016 ingresó a laboral a la empresa demandada donde le presentaron la carta de terminación de contrato de trabajo con la justificación del cierre de frontera y restructuración de la planta de personal. La empresa consignó la liquidación en el Banco Agrario en la suma de \$1.399.512 por 259 días laborados desde el 1º de enero de 2016 hasta el 16 de septiembre de 2016; en consulta con medicina general el 19 de septiembre de 2016 expide incapacidad hasta el 25 de septiembre de 2016. Que le expiden incapacidades médicas de forma continua y en consulta con el fisiatra el 06 de octubre de 2016 lo envía para que califiquen la enfermedad; estuvo con incapacidad hasta el 31 de diciembre de 2016 y se afilió en forma independiente desde enero de 2017; el 04 de enero de 2017 CAFESALUD calificó la patología de origen accidente de trabajo, se interpuso recurso de apelación; asegura que por las enfermedades padecidas, ha venido en controles con especialistas en ortopedia, fisiatría, psicología, traumatología, fisioterapia, neurología etc.; las incapacidades han sido presentadas ante POSITIVA desde la fecha del accidente hasta el 2020; aseveró que la empresa actualmente ejerce la actividad comercial, que decidió desvincularlo y despedirlo estando en tratamiento médico sin haber solicitado permiso al Ministerio de Trabajo estando en condiciones de discapacidad y debilidad manifiesta.

En la reforma de la demanda, adicionó los siguientes hechos: que el 24 de septiembre de 2019 MEDIMAS MEDICINA LABORAL le notificó la calificación

del origen de la enfermedad mediante dictamen 55178833-1 del 22 de septiembre de 2019 a las patologías: OTROS TRANSTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES Y TRANSTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS CON RADICULOPATÍA DE ORIGEN LABORAL. Que mediante oficio del 12 de marzo de 2020 se solicitó a la ARL POSITIVA la recalificación de PCL:9.60% hecha por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; que actualmente se encuentra pendiente la recalificación y la calificación de las nuevas patologías.

III. 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, el actor no se encontraba en debilidad manifiesta para el momento de la terminación del contrato, tampoco fue desvinculado por causa de su limitación; que la terminación del contrato fue consecuencia de la situación económica que vivió el sector minero en la región durante el año 2015; que la empresa le pagó las acreencias laborales al término de la relación laboral; propuso como excepción previa la prescripción, y de fondo la mala fe del actor, la inexistencia de la obligación y la genérica.

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 11 de mayo de 2021, resolvió: declarar que entre las partes existió una relación laboral entre **el 2 de enero de 2015 hasta el 23 de marzo de 2016**; declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, en consecuencia, la absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra, condenando al demandante al pago de las costas procesales.

El Juez A quo consideró probados los siguientes hechos: que el actor inició una relación laboral con la empresa en enero del 2015, que tuvo un accidente de trabajo el 30 diciembre del 2015, causa por la cual, se le expidieron incapacidades médicas y fue calificado como una pérdida de capacidad de trabajo del 9,6% según dictamen proferido por la JNCI del mes de noviembre de 2017.

Que la empresa unilateralmente decidió dar por terminado el contrato el 23 de marzo del 2016 donde le canceló a través de depósito judicial la liquidación e indemnización. Que mediante acción de tutela se le protegió al trabajador al derecho al reintegro, dando un plazo al accionante para que dentro de los 4 meses siguientes a la sentencia iniciara la acción laboral correspondiente.

Que la empresa dio cumplimiento a la orden de reintegro. Que el demandante no inició la acción ordinaria laboral correspondiente dentro de los 4 meses de plazo dados por el juez constitucional.

Que, en septiembre del 2016, al terminar los efectos de la tutela, la empresa le terminó el contrato de trabajo, por razón de la estructuración de la planta del personal, pagando igualmente las prestaciones sociales y la indemnización correspondiente.

Aseguró que el objeto de la litis se centró en que la relación laboral inició en enero del 2015 y fue terminada de manera unilateral el 23 de marzo del 2016.

Sostuvo entonces que, de conformidad con el ordinal TERCERO de la sentencia de tutela del 12 de mayo de 2016 proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Cúcuta: “*TERCERO: ADVERTIR al señor RAFAEL CALVO OMAÑA que de no interponer la ACCIÓN LABORAL DE REINTEGRO dentro de los cuatro (04) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, cesarán los efectos del reintegro y la reubicación ordenada en esta providencia.*”, el reintegro que ordenó el mecanismo transitorio de tutela, **perdió toda su fuerza legal** porque el demandante guardó silencio y no efectuó la acción laboral, luego entonces, operó la excepción de prescripción de la acción, por cuanto que, la demanda fue interpuesta el 13 de septiembre de 2019 (fl.374 expediente) y la terminación de la relación laboral fue el 23 de marzo de 2016, transcurriendo 3 años, 5 meses y 21 días.

Arguye, que al 16 de septiembre de 2016 el empleador no tenía conocimiento que el demandante se encontraba incapacitado y tampoco tenía conocimiento de que estaba en calificación de su PCL.

V. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada judicial del demandante, sustenta el recurso de apelación manifestando que si bien es cierto no se inició la demanda ordinaria laboral dentro de los 4 meses ordenada en la sentencia de tutela, también es cierto que los efectos cesaron para la protección temporal que concedió el despacho a favor del demandante, pero no para perder los efectos jurídicos del fallo de la tutela, como lo es el reintegro. De esta manera, no se hubiera tenido en cuenta el periodo después del reintegro, por lo que, el termino de los 3 años empezaban desde 16 de septiembre del 2016, fecha en la cual el trabajador fue despedido nuevamente, por lo que, consideró que al haberse presentado la demanda el 13 de septiembre de 2019, la excepción de prescripción de la acción no opera.

Sostuvo que la empresa conocía de las incapacidades del trabajador desde el momento del accidente laboral de forma continua, prueba de ello obra en los anexos de la demanda, donde se aportó toda una serie de notificaciones de Positiva sobre estas incapacidades. Insiste que la empresa tenía conocimiento de las incapacidades que van del 7 de septiembre a 14 de

septiembre de 2016 y cuando se presenta a trabajar el 16 de septiembre de 2016 (última fecha en la que fue despedido); que también tenía conocimiento del procedimiento médico del trabajador producto del accidente de trabajo, procedimiento que es extenso y termina con la rehabilitación.

Que las calificaciones fueron posteriores al tiempo en que el trabajador estuvo vinculado con la compañía, ya que el proceso con las entidades de salud fue largo y demorado, porque tienen que pasar primero con citas por la EPS, ARL y Juntas de la Calificación de la Invalidez.

Aseveró que las sentencias sobre Estabilidad Laboral Reforzada unifican criterios sobre que no debe existir una calificación de Estado de Debilidad Manifiesta, solo hay que estar en una situación de daño para dar por notificado el estado de debilidad producto de un accidente de trabajo. (SU-049/17 y del 3 de febrero de 2021 de rad.79575/21 de la CSJ Sala Laboral).

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada judicial del demandante, alega no estar conforme cuando el A quo declaró la excepción de prescripción, considerando que si bien es cierto la demanda no se instauró dentro de los 4 meses que ordenó el juez constitucional, también lo es, que la misma se presentó dentro de los 3 años siguientes que se terminó por segunda vez el contrato de trabajo, esto es, el 16 de septiembre de 2016, fecha en la que sostiene, se debe tener en cuenta para contar los términos de la prescripción habida cuenta que hasta esa fecha duró la relación laboral, ya que el demandante laboró hasta esa fecha y la relación tuvo vigencia entre el **2 de enero de 2015 hasta el 16 de septiembre de 2016**; para ello, trajo a colación la sentencia de la CSJ SL572/2021 Rad. No.86728 del 24 de febrero de 2021.

Insistió que el Juez A quo se equivocó cuando señaló que la empresa para el momento de la terminación del contrato por segunda vez no tenía conocimiento de las incapacidades y tratamiento médicos en el que se encontraba el trabajador, puesto que después de aportar la incapacidad médica sucede el despido, incurriendo en el error de terminarle el contrato por segunda vez, ya que la empresa era quien otorgaba los permisos para asistir a las consultas médicas y tampoco solicitó la autorización del Ministerio de Trabajo para despedirlo.

Que la empresa no demostró que las actividades fueron suspendidas, supuesta causa por la cual le terminaron el contrato al demandante, yendo en contravía de los derechos y principios constitucionales y legales.

En conclusión, solicita que la sentencia de primera instancia sea revocada en todas sus partes y se concedan todas las pretensiones de la demanda.

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 que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001 así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003, por cuya razón serán considerados los supuestos de hecho deprecados en la demanda.

El problema jurídico se reduce a establecer si el Juez A quo erró al declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la empresa demandada, si la respuesta es favorable a la parte activa, se verificará si para el momento en que la empresa demandada CARBONES NORTESANTANDEREANOS S.A.S decidió dar por terminado el contrato de trabajo al demandante RAFAEL CALVO OMAÑA, éste 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.

Se hace importante señalar que, no existe discusión que entre las partes hubo una relación de carácter laboral, de forma verbal, esto es, a término indefinido; igualmente, en los hechos de la demanda, el trabajador alega que su vinculación con la empresa fue desde el **2 de mayo de 2015**, hecho que fue aceptado por el empleador, sin embargo, el Juez A quo en la parte motiva y resolutive de la sentencia, da por demostrado y probado que el contrato de trabajo inició el **2 de enero de 2015**, supuesto que fue aceptado por las partes sin mediar inconformidad, de manera tal, dicho asunto quedará resuelto de esa manera respecto al extremo inicial de la prestación, en virtud de la garantía de la reforma no en perjuicio del único apelante.

Aclarado lo anterior, se procederá a verificar el extremo final de la relación laboral, con el objetivo de establecer si operó el fenómeno la prescripción de la acción judicial como lo afirmó el Juez A quo.

Prescripción de la acción judicial.

Se rememora que los derechos laborales prescriben en tres años contados a partir del momento en que se haga exigible la obligación, tal como lo establecen los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo que disponen:

ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se

cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCIÓN. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

El artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social también se ocupa de la figura de la prescripción y su interrupción en los siguientes términos:

ARTICULO 151. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Dentro del presente asunto, al resolver sobre la excepción propuesta de prescripción extintiva de las obligaciones, el Juez A quo sostuvo como terminación del contrato de trabajo el **23 de marzo de 2016**, ya que el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Municipal Civil de Cúcuta el 12 de mayo de 2016, que ordenó el reintegro del actor había **cesado sus efectos**, “*perdiendo fuerza legal...*” ante el error cometido por el actor al no haber interpuesto la acción judicial durante los cuatro meses de dicho fallo; por lo que, al presentarse la demanda el 13 de septiembre de 2019 había operado el término prescriptivo de la acción judicial, por haber transcurrido mas de 3 años desde la desvinculación laboral; decisión que es debatida por la recurrente, quien considera que la terminación unilateral del contrato de trabajo fue el 16 de septiembre de 2016, cuando nuevamente el empleador decide sin permiso del Ministerio de Trabajo despedir al trabajador.

En este orden de ideas, considera esta Sala que los argumentos expuestos por la apoderada judicial recurrente son acertados, teniendo en cuenta que, el Juez constitucional de tutela en el fallo del **12 de mayo de 2016** y dentro de su órbita interpretativa, consideró que debía proteger y garantizar al trabajador los derechos incoados, pero de forma TRANSITORIA por un lapso de cuatro (4) meses hasta que el JUEZ COMPETENTE de la Jurisdicción ordinaria laboral, resolviera el asunto, ordenando para ello el REINTEGRO LABORAL del actor, de tal suerte, que transcurridos los aludidos cuatro 4 meses sin que el tutelante ejerciera la pertinente acción ordinaria laboral, la consecuencia jurídica de dicha inactividad es **la cesación de los efectos jurídicos de la tutela**, trasladando al empleador la potestad de decidir si continuaba o terminaba la relación laboral; sin embargo, dicha circunstancia no genera la prescripción de la acción judicial a favor del actor, que en este asunto, iniciaría para el momento efectivo en que la empresa demanda entregó la carta de terminación del

contrato de trabajo al demandante Rafael Calvo por segunda vez, que lo fue el **16 de septiembre de 2016**, por lo que, ante el sentir del actor sobre la ineficacia de dicho despido, tendría hasta el 16 de septiembre de 2019 para presentar la demanda ordinaria laboral, que en este caso fue el 13 de septiembre de 2019 como se observa a folio 374 del expediente.

De lo expuesto, es claro que se equivocó el Juez A quo al declarar la prescripción de la acción judicial, razón por la que, se procederá a verificar si el demandante Rafael Calvo Omaña gozaba de la protección de estabilidad laboral reforzada para el momento de terminación del contrato por parte de la empresa demandada, esto es, tomando como extremo final del vínculo el día el 16 de septiembre de 2016.

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.

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

Es por ello que, para otorgar el fuero por discapacidad en el ámbito laboral, **se debe estar ante una situación objetiva**, concretada en un grado de limitación relevante.

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-058-2021 ratificada en la de radicado SL5700-2021, señaló en lo pertinente, que no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, siendo así ha adoctrinado:

[...]que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

En adición al argumento también se ha puesto de presente que, en principio, tales afectaciones son atendidas por el sistema de salud bajo las incapacidades temporales, que precisamente buscan su restablecimiento; no obstante, esta figura no comporta *per se* una situación que genere el amparo, pues como se tiene sentado por esta sala, que no toda afección de salud es merecedora de la protección foral, solo aquella relevante; esto, bajo el convencimiento de la importancia de no desdibujar la finalidad de la garantía instituida por el legislador.

Caso en concreto.

No existe discusión que el actor ingresó a la empresa demandada mediante contrato a término indefinido desde el 2 de enero de 2015, que según reporte de accidente en formulario de ARL POSITIVA el 30 de diciembre de 2015 sufrió accidente laboral, desde entonces, tanto la EPS como la ARL a través de sus IPS le prestaron los servicios médicos y tratamientos necesarios para el diagnóstico de contractura muscular y otros trastornos de los discos intervertebrales; para la fecha en que fue desvinculado por decisión de la empresa demandada, esto es, el 16 de septiembre de 2016, aun no existía una calificación de PCL, a pesar de encontrarse en tratamiento médico y con expedición de incapacidad hasta el 14 de septiembre de 2016 como fue aceptado por el actor en la demanda inicial y en la reforma; sólo hasta el 2 de marzo de 2017 la ARL POSITIVA calificó la PCL del actor con un 8.80% con fecha de estructuración del 31 de agosto de 2016, decisión que fue objetada por el actor, ante lo cual la JRCL de Norte de Santander modificó dicho porcentaje, estableciendo una PCL correspondiente a 15.60%, mediante dictamen No.451/17 del 8 de mayo de 2017, **porcentaje que a su vez fue modificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 22 de**

noviembre de 2017 a través de dictamen No. 88178833-15804 con una PCL del 9.60% que hasta el momento se torna como definitivo.

Bajo estas circunstancias, es claro que a pesar de la existencia de una patología surgida como consecuencia del accidente de trabajo padecido por el actor el 30 de diciembre de 2015 cuando su vínculo laboral se encontraba activo con la empresa demandada, para el 16 de septiembre de 2016 no gozaba de una discapacidad o limitación moderada o severa que permitiera activar la garantía foral de la estabilidad laboral reforzada prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, además, para el momento de la desvinculación no tenía incapacidad médica, pues como lo aseguró el actor, a pesar de encontrarse con el tratamiento médico, hubo dos días del mes de septiembre que no presentó incapacidad.

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 para el momento del reintegro laboral, 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 en el sub-examine no encuentra respaldo en ningún medio de prueba allegado a los diligenciamientos, ya que los dictámenes aportados fueron expedidos durante el 2017 y quedaron resueltos hasta el momento en forma definitiva con la decisión de la Junta Nacional de Calificación de la Invalidez en el dictamen No. 88178833-15804 del 22 de noviembre de 2017 que arrojó una PCL del 9.60%, porcentaje que no alcanza a esclarecer la discapacidad según lo señalado en párrafos precedentes.

En consecuencia, encuentra la Sala, que ante la inexistencia de una discapacidad moderada a severa para el momento en que la empresa demandada decide terminar la relación laboral, en este caso no se reúnen los requisitos indispensables para acceder a la garantía del artículo 26 de la ley 361 de 1997, 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, razón por la que, esta Sala considera que el problema jurídico se resolverá en forma desfavorable parcialmente al demandante, esto es, que si bien es cierto no operó el fenómeno prescriptivo de la acción judicial como lo afirmó el Juez A quo, se **ABSOLVERÁ** a la empresa demandada **CARBONES NORTESANTANDEREANOS S.A.S.** de las pretensiones incoadas por el demandante **RAFAEL CALVO OMAÑA** por cuanto para el momento de la terminación del contrato 16 de septiembre de 2016 no gozaba de la garantía foral de estabilidad laboral reforzada prevista en la Ley 361 de 1997, por lo que, se **REVOCARÁ** parcialmente la sentencia en el **ORDINAL SEGUNDO** proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de fecha 11 de mayo de 2021, y se **CONFIRMARÁ** en todo lo demás.

Sin condena en costas por haber sido favorable parcialmente el recurso de alzada presentado por la parte actora.

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: REVOCAR parcialmente la sentencia apelada proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de fecha 11 de mayo de 2021, en el **ORDINAL SEGUNDO**, en el sentido de no haber operado el fenómeno prescriptivo de la acción judicial.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la misma sentencia, pero por las razones expuestas en esta providencia, esto es, que no es procedente acceder a las súplicas incoadas por el demandante **RAFAEL CALVO OMAÑA**, en consecuencia, **ABSOLVER** de todas las pretensiones a la demandada **CARBONES NORTESANTANDEREANOS S.A.S.**

TERCERO: SIN CONDENA en costas de segunda instancia por haber prosperado en forma parcial el recurso de alzada del actor.

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. 056, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 03 de junio 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: 54-001-31-05-002-2018-00473-01

Partida Tribunal: 19424

Juzgado: Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: Yolanda María Mosquera Pérez

Demandada (o): CENABASTOS S.A

Tema: Contrato de Trabajo

Asunto: Consulta de Sentencia

San José de Cúcuta, primero (01) de junio de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a declarar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 22 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-002-2018-00473-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 19424 promovido por la señora YOLANDA MARÍA MOSQUERA PÉREZ en contra de la empresa CENTRAL DE ABASTOS DE CÚCUTA “CENABASTOS” 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, por intermedio de apoderado judicial instauró dentro del proceso ordinario laboral en contra de la empresa CENABASTOS S.A. pretensión de que se declare que entre ellos existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de mayo de 2002 y hasta el 19 de febrero de 2016, terminado sin justa causa, y, en consecuencia, se condene a la pasiva a la empresa de los salarios desde el 1 de enero al 19 de febrero de 2016, a la reliquidación de las prestaciones sociales, al pago de la sanción del art. 65 del Código de

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 14 a 16 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente de la siguiente manera: Que fue vinculada con la empresa demandada el 16 de mayo de 2002 mediante contrato a término indefinido en el cargo de secretaria de archivo y correspondencia hasta el 31 de diciembre de 2015, cuando renunció, sin embargo, arguye que entregó el cargo el 19 de febrero de 2016, si bien no le pagaron salarios, el empleador a través de resolución No.006 de 22 de febrero de 2016 ordena pagar y reconocer las prestaciones sociales; que la liquidación se efectuó con corte de 31 de diciembre de 2015 en la orden de pago FE 045 del 22 febrero de 2016 y hasta el 1º de marzo de 2016 le fue consignada en Bancolombia, pero no le consignó las cesantías y fondo del año 2015, no le pagó las cotizaciones a la seguridad social desde el 1 de enero hasta el 19 de febrero de 2016. Que el 1º de enero de 2016 fue reconocida la pensión de vejez por COLPENSIONES \$1.259.231.

III. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El apoderado judicial de CENABASTOS S.A. respondió aceptando parcialmente los hechos y se opuso a todas las pretensiones, alegando que la terminación del contrato fue el 31 de diciembre de 2015 por renuncia voluntaria presentada por la actora para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES, impidiendo la asignación de dos erogaciones del tesoro público a la empleada pública; alega que las cesantías se pagaron directamente a la empleada al momento de la terminación del contrato por renuncia aceptada; que no existió vínculo laboral en los meses de enero a febrero de 2016 por cuanto la actora ya estaba pensionada.

Aceptó que la actora estuvo vinculada laboralmente a la sociedad CENABASTOS de Cúcuta S.A. CENABASTOS S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de mayo de 2002 y finalizó el 31 de diciembre de 2015 en el cargo de secretaria de archivo y correspondencia, Que el 10 de junio de 2015 presentó la renuncia, en razón a que COLPENSIONES le reconocería su pensión de vejez y la renuncia fue aceptada el 10 de junio de 2015; que la empresa actuando conforme a la Ley 797 de 2003 y la Ley 1471 de 2004, mediante Resolución No.035 de 30 de septiembre de 2015 procedió a efectuar el retiro del servicio por pensión de vejez a partir del 1º de enero de 2016, señalando que el mismo se haría efectivo una vez COLPENSIONES la incluyera en nómina de pensionados.

declarar que entre la demandante YOLANDA GARCÍA CONTRERAS trabajadora oficial y la empresa CENTRAL DE ABASTOS DE CÚCUTA S.A. como empleador, existió un contrato de trabajo de 16 de mayo de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2016 que culminó con la renuncia de la trabajadora por su reconocimiento de la pensión de vejez. Declaró probadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada CENABASTOS que denominó COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y BUENA FE, en consecuencia, la ABSOLVIÓ de las pretensiones incoadas en su contra y condenó a la demanda en costas procesales.

El juez a quo fundamentó su decisión en que no está en discusión la calidad de trabajador oficial de la demandante Yolanda María Mosquera Pérez de la Central de Abastos de Cúcuta, teniendo en cuenta que esta entidad se erige como una sociedad anónima de economía mixta de nacionalidad colombiana del orden nacional, vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo sometida al régimen establecido para las empresas industriales y comerciales del Estado, en virtud a que éste posee más del 90% de su capital, razón por la cual, las normas jurídicas aplicables son: el Decreto 3117 de 1968, la Ley 6ª de 1941, el Decreto 2127 de 1947 y el Decreto Ley 101 de 1978. Igualmente relevó del debate, el hecho de que el inicio de la relación laboral fue el 16 de mayo de 2002, que en el mes de septiembre de 2015 la trabajadora presentó la renuncia y fue aceptada por el empleador de fecha 31 de diciembre de 2015; que a partir del 1º de enero de 2016, CENABASTOS la incluyó en nómina de pensionados.

Argumentó que las pruebas traídas por la demandante respecto al cumplimiento de entrega de puesto de trabajo o entrega de documentos de archivos son insuficientes, pues el **19 febrero del año 2016** no tiene la virtud para acreditar, que la prestación de servicios terminó en esa fecha, además, las pruebas documentales que se presentaron no ofrecen certeza de dicha prestación del servicio más allá del 31 de diciembre de 2015, trajo a colación las sentencias S.L. 3670 del año 2008 del 5 de febrero del año 2008 radicación 31823 reiterada en sentencia S.L. 12041 del 2016, sentencia del 23 de mayo del año 2001 radicación 12041 proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Consideró que el empleador sí demostró mediante las pruebas documentales y las declaraciones rendidas, que la prestación de la actora terminó el 31 de diciembre de 2015.

nómina de pensionados, hecho que aconteció el 1º de enero de 2016 que, no hubo solución de continuidad entre la fecha de terminación del contrato de trabajo entre las partes el 31 de diciembre del año 2015 y la fecha en que fue incluida en nómina la demandante al interior de Colpensas, cumpliéndose las previsiones de dicha jurisprudencia y que por lo tanto a partir de esta inclusión en nómina no se puede asignar o perder de vista que los servidores públicos no pueden recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que participe, en su parte mayoritaria el Estado conforme al artículo 128 de la Constitución Política.

Que referente a la indemnización por despido sin justa causa, considerando que no se allegó prueba alguna en la que se advierta que fue la demandada quien tomó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, por el contrario, desde la demanda se aceptó que fue la demandante quien presentó su renuncia por el reconocimiento de su pensión de retiro, lo que condiciona el retiro del servicio.

En cuanto a la indemnización prevista en el Decreto 797 de 1949, considerando que si bien es cierto las prestaciones sociales fueron pagadas el 1º de enero de 2016, la empresa aportó razones suficientes para demostrar que no actuó de mala fe, al fallecer el antiguo gerente de la empresa en el mes de diciembre de 2015 y el nombramiento del nuevo gerente en febrero de 2016, por lo que el pago se dio solo dos meses después porque no existía persona autorizada para autorizar la generación del gasto, los egresos dentro de la empresa de la demandada y que eso incurrió en afectación en la operatividad y flujo de caja al interior de la pasiva.

Que tampoco existe obligación de la consignación de las cesantías al Estado ya que la terminación fue el 31 de diciembre de 2015 y la empresa se comprometió a pagarlas directamente a la trabajadora, como efectivamente ocurrió.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

VI. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para surtir el

Mosquera Pérez tuvo la calidad de trabajadora oficial vinculada a la mediante contrato a término indefinido, que la demandante presentó re al cargo que desempeñaba en la empresa desde el mes de junio de 20 embargo, el retiro se hizo efectivo hasta el 31 de diciembre de 2015, COLPENSIONES le comunicó la Resolución GNR. 411786 del diciembre de 2015, donde le advertían la inclusión en nómina desde e enero de 2016.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los con motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelaci **problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a dete si en este caso la trabajadora Yolanda María Mosquera Pérez pres servicios para el empleador CENTRAL DE ABASTOS DE CÚ CENABASTOS S.A. posterior a la fecha de la renuncia, esto es, desde de enero de 2016 hasta el 19 de febrero de 2016, y en consecuencia pr a favor de aquella, la indemnizaciones de mora por el no pago de sa por el no pago de las prestaciones sociales durante ese periodo, aden pago de los aportes a la seguridad social en pensión y su resp reliquidación y la indemnización por no consignación de las cesantías c 2015 al fondo; o de lo contrario, fue acertada la conclusión a la que l Juez A quo al señalar que la terminación del contrato de trabajo fue el diciembre de 2015, que no se demostró prestación del servicio en posterior y que las prestaciones sociales fueron pagadas en derecho.

Sea lo primero señalar que, al tener la señora MOSQUERA PÉREZ la c de pensionada desde el 1º de enero de 2016, tal circunstancia impide partir de esa data, percibiera de manera coetánea o simultánea salario entidad pública accionada y la mesada pensional, en virtud del ma previsto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996; ello con total independ de que se acreditaran los elementos configurativos de un contrato de t bajo la figura de la primacía de la realidad sobre las formas.

Bajo estos parámetros, necesario resulta traer a colación el artículo 5 Constitución Política, el cual consagra el principio de “primacía de la n sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones lab Formulación protectora del trabajador que, en esencia, hace pre siempre los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos fo Dicho de otra manera: interesa es lo que sucede en la práctica, más

demostrar la ejecución personal del servicio, para que se infiera que el se desarrolló bajo una relación de naturaleza laboral y que pone en del empleador el deber de demostrar que las labores se adelanta manera autónoma e independiente y sin el lleno de los presupuestos e por la ley, para tener tal condición. (CSJ SL4815-2020 y CSJ SL825-2

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

En ese orden de ideas, procede la Sala a establecer si de los elemen juicio allegados al plenario, existe prueba de la **actividad personal** señora Yolanda María Mosquera desarrollo a favor de la so CENABASTOS S.A., para de esta manera acreditar la existencia del co de trabajo más allá de la fecha en que se materializó la renuncia el diciembre de 2015.

Dicho lo anterior, procederá la Sala a valorar las pruebas docume aportadas al plenario y que gozan de validez al no ser tachadas de fa y las declaraciones rendidas en audiencia, de las cuales se observa resoluciones proferidas por COLPENSIONES donde le fue reconoc pensión de vejez a favor de la demandante, una en el mes de mayo de y la otra en el mes de diciembre cuando se informa que la inclusión en r sería a partir del 1º de enero de 2016; la fotocopia de la resolución No. 22 de febrero de 2016 donde se ordena pagar las prestaciones sociales demandante, la fotocopia de entrega de documentos de archivo cent 19 de febrero de 2016; la liquidación de las prestaciones sociales a fa la demandante, orden de pago FE045 del 25 de febrero de comprobante de egreso MA26605 del 1º de marzo de 2016, comuni enviada por el gerente de la empresa el 9 de marzo de 2016, entre documentos, que para esta Sala no acreditan la prestación del servi los interregnos alegados, pues de ellas se reafirma que la terminaci contrato de trabajo de la demandante fue el 31 de diciembre de 2015.

de reconocimiento pensional en diciembre de 2015 y en enero de 2016, ya que la demandante estaba incluida en nómina de pensionados; que el 28 de diciembre falleció el gerente de la empresa de CENABASTOS S.A., y el nuevo nombramiento lo debía realizar la Presidencia de la República, asegurando que “la señora Yolanda Mosquera Pérez, en algunas ocasiones después de su desvinculación mientras llegaba el nuevo gerente, pero ya estaba pensionada y no recibía salario ni prestaciones sociales, y debido al suceso del fallecimiento del gerente, no hubo orden de pago del gasto y no se podía hacer ningún pago, *ni siquiera prestaciones sociales para los trabajadores vinculados en ese momento*”.

Así mismo la aludida testigo sostuvo que la demandante le comentó que ella había dialogado con el fallecido Gerente el señor Marcelino para que la contratara por OPS después de recibir la pensión, *porque para ella iba a ser difícil desvincularse así no más de la entidad pues por tantos años y con tantos compañeros sin embargo, dicho pacto no se logró porque el gerente anterior falleció*, asegurando que después de pensionada la demandante, la empresa no le asignó carga laboral, que incluso la directora administrativa para la pasiva Ingrid Aponte no tenía muy buena relación con Yolanda, entonces ella no se atrevió a dirigirse o hacerle algún señalamiento a Yolanda. Señaló que la demandante solo se sentaba ahí en el escritorio, nadie le asignaba labores ni tareas, que los compañeros de trabajo la trataban con cariño porque había sufrido de varias incapacidades por “*nervios y esas cosas*”, tratando de no generar con ella ninguna situación que a ella le pudiera afectar.

Conforme a lo anterior, no encuentra la Sala razones suficientes para concluir a la conclusión de la existencia de un vínculo de trabajo entre las partes, por la aplicación de la primacía de la realidad, más allá de la terminación inicial del contrato del 31 de diciembre de 2015, ya que no fue probado uno de los elementos esenciales del mismo, cual es la prestación personal del servicio a favor de la empresa CENABASTOS S.A., porque si bien es cierto, la demandante testigo traída por la pasiva manifestó que la demandante había llegado a un “*acuerdo verbal*” con el anterior gerente de la empresa el señor Marcelino (q.e.p.d.) para que la señora Yolanda continuara prestando los servicios laborales posterior a su condición de pensionada mediante una OPS, pero el conocimiento lo obtuvo por manifestación expresa de la misma demandante, por lo tanto no siendo procedente dar valor a un testigo de oídas a favor de la parte demandante, sobre dicho aspecto, máxime cuando la misma deponente afirma que, a partir del 31 de diciembre de 2015 hasta el mes de febrero de 2016 la asistieron a las oficinas la demandante a las oficinas de la pasiva, fueron de forma voluntaria, que no recibía órdenes de ningún trabajador, no recibía carga laboral, pues

2021 en cuanto ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra respecto al pago de salarios y prestaciones sociales desde enero hasta el 19 de febrero de 2016 junto con la reliquidación de los aportes al sistema pensional.

Ahora bien, al probarse que no existe prestación del servicio durante el término alegado, tampoco procede la sanción por despido sin justa causa porque se reitera, la asistencia de la demandante a las oficinas de la entidad demandada después de su retiro el 31 de diciembre de 2015, no es destinada a cumplir con el ejercicio de su labor, como se analizó en la precedencia.

Sobre la indemnización moratoria, regulada por el decreto 797 de 1990, se tiene que, tal como fue demostrado en el plenario y ratificado por la tercera Sala de lo Laboral durante los meses de enero y febrero de 2016, la sociedad CENABASTOS S.A. no contaba con gerente por el infortunio del fallecimiento del señor Marcelino el 28 de diciembre de 2018, razones que esta Sala considera válidas para probar la buena fe de la actuación de la entidad demandada en la medida que el pago de las prestaciones sociales y la consignación de las cesantías, se efectuaron el 1º de marzo de 2016, cuando fue posesionado el Ingeniero Emiro en calidad de nuevo gerente de la sociedad, en consideración a su naturaleza jurídica. Luego entonces, la Sala concluye que, existió una razón válida jurídicamente para exonerar a la sociedad demandada al pago de la sanción moratoria por el pago de las acreencias al mes de marzo de 2016.

Así mismo, se tiene que no es viable la condena a cargo de la demandante por concepto de la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en la vez que la actora durante el término de su vinculación laboral con esta entidad tuvo la condición de trabajador oficial, luego, no tiene derecho al pago de dicho concepto. Así se precisó en sentencia CSJ SL981-2019, en la que expresamente señaló que: «la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cobija a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales». De la misma forma, se demostró que las cesantías y sus intereses del año 2015 fueron pagados en la liquidación del contrato laboral, suplen lo ajustado a derecho ya que las mismas no debían ser consignadas al fondo de cesantías.

En consecuencia, esta Sala de Decisión **CONFIRMARÁ** en su totalidad la sentencia consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 22 de junio de 2021 en cuanto ABSOLVIÓ a la demandante de las pretensiones incoadas en su contra.

VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 22 de julio de 2021.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

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 Segundo Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54001310500220200000800

Partida Tribunal: 19598

Demandante: SALOMON QUINTERO PARRA

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

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, primero (01) de junio 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 Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día **02 de noviembre de 2021**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-002-2020-00008-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19598 promovido por el señor SALOMON QUINTERO PARRA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

I. ANTECEDENTES

El demandante SALOMON QUINTERO PARRA 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 PROTECCIÓN, 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 13 de febrero de 1956, que ingresó el 01 de septiembre de 1994 al sistema de Seguridad Social en Pensiones al RPMPD, cotizando al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS). Que el 01 de febrero de 2000 fue trasladado sin la debida información e ilustración desde el régimen de prima

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

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 PROTECCIÓN 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 del derecho para reclamar la prestación económica, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, la inoponibilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción, buena fe, innominada o genérica.

Por su parte, **PROTECCION S.A.** a través de su apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda. Señaló que PROTECCIÓN S.A., previo a realizar cualquier tipo de afiliación de los fondos que administra, la entidad 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 obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta en la 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, la 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 SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 02 de noviembre de 2021, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la inexistencia, en sentido estricto, de la afiliación del señor Salomón Quintero Parra, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., suscrita el 9 de febrero del año 2000, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar, que, para todos los efectos legales, el traslado al régimen de ahorro individual, con solidaridad, no surge efecto.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a devolver, al sistema todos los valores, que hubiesen recibido, con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, como lo dispone, el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos, que se hubieran causados , en virtud del regreso automático, al régimen de prima media, con prestación definida de Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones. Colpensiones, que una vez, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., de cumplimiento, a lo aquí ordenado, proceda aceptar, el traslado del señor Salomón Quintero Parra, del régimen de ahorro individual, al régimen de prima media, con solidaridad definida.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora de Fondos y Pensiones Cesantías Protección S.A., a asumir, los deterioros, sufridos por el bien administrativo, en caso que se hubieren causado, esto es las mermas sufridas, en el capital destinado, a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración, y demás conceptos establecidos, en el artículo 20 y 60 de la ley 100 del año 1993, en que hubiera incurrido, los cuales serán asumidos, de su propio patrimonio, siguiendo las reglas del artículo 963 del código civil.

QUINTO: CONDENAR en costas, en primera instancia a Protección S.A. fijando, como agencias en derecho, en favor de la parte demandante, la suma de Un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

SEXTO: REMITIR el presente expediente, a la Oficina Judicial, para que se surta, el grado jurisdiccional de consulta.

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 PROTECCIÓN 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 SALOMON QUINTERO PARRA 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 debió darse 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.

PROTECCIÓN, 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 que no es procedente la devolución de los rendimientos y 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:

COLPENSIONES a través de su apoderada judicial ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y el recurso de alzada, alegando que el traslado tiene validez, que la entidad no se tuvo ninguna intervención al momento de brindar información al demandante, quien, de manera libre y voluntaria, y reiterativa, tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión; ya que en este momento tenía otras expectativas con el fondo privado, puesto hizo su afiliación en el RAIS de manera reiterativa estando finalmente afiliado a este régimen pensional. Reiteró la excepción de prescripción y no estuvo conforme con la condena en costas procesales.

La apoderada judicial del demandante, solicitó que sea confirmada la sentencia de primera instancia en su totalidad.

PROTECCIÓN S.A. ratificó los argumentos de la contestación de la demanda y los del recurso de apelación, insistiendo en que no existe obligación legal por parte del fondo en devolver la comisión de administración, ni el seguro previsional en caso de declararse la nulidad del traslado, toda vez que mensualmente de la cuenta de ahorro individual se descontó dicho seguro y se le pagó a una aseguradora, siendo ésta un tercero de buena fe.

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, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

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 SALOMON QUINTERO PARRA desde COLPENSIONES - RPMPD- a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. –RAIS-; en tal caso, determinar las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PROTECCIÓN S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-.

Igualmente, 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. Esto, conforme a la excepción de prescripción efectuada y reiterara por Colpensiones. Por último, se revisará la condena en costas a Colpensiones.

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.

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 su transferencia del ISS a PROTECCIÓN 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 SALOMON QUINTERO PARRA para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, 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 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 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 provisión 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 SALOMON QUINTERO PARRA afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida

de la suficiente ilustración por parte de PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN 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 cuenta con más de 60 años de edad, que ingresó el 01 de septiembre de 1994 al sistema de Seguridad Social en Pensiones al RPMPD, cotizando al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS). Que el 01 de febrero de 2000 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 COLMENA, fondo que sería adquirido por SANTANDER AFP hoy AFP PROTECCIÓN.

Este hecho fue probado a folio 14 de la contestación de la demanda de PROTECCIÓN S.A., donde se observa formulario de traslado con número 5311479 que el demandante se trasladó al Fondo de Pensiones PROTECCIÓN el 09 de febrero de 2000, documento 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, PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A., no gozan de asidero jurídico, reiterándose que, en efecto, PROTECCIÓN 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 la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, el 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 PROTECCIÓN.

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 PROTECCIÓN 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 SALOMON QUINTERO PARRA.

Montos a restituir.

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN 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 el Juez A quo, en el sentido de reafirmar que al declarar la ineficacia del traslado de régimen realizada por el afiliado SALOMON QUINTERO PARRA desde el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN 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.

Sobre la **excepción de prescripción formulada por las demandadas**, no opera en estos asuntos, ya que la condición de afiliado y, por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, 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 de la afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas.

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 adelante 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 virtud a lo anterior, la decisión proferida por el Juez A quo deberá ser confirmada y 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 PROTECCIÓN, 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,

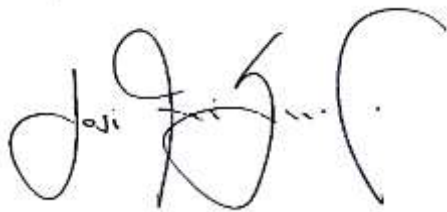
VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 02 de noviembre 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 PROTECCIÓN, S.A. y en favor del demandante SALOMON QUINTERO PARRA.

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. 056, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 03 de junio 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 Segundo Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2020-00191-00

Partida Tribunal: 19579

Demandante: MONGUI QUIJANO MARIÑO

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

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, primero (01) de junio 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 las entidades demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-002-2020-00191-00 y partida de Tribunal Superior No. 19579 promovido por la señora MONGUI QUIJANO MARIÑO 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 MONGUI QUIJANO MARIÑO demanda a las entidades anteriormente mencionadas para que, previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada por la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLOMBIANA, hoy PORVENIR, por la indebida y nula información

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: Qué nació el 02 de junio de 1960. Que se afilió al Régimen de prima media con Prestación definida el día 27 de julio de 1985, cotizando ante extinto el ISS –hoy Colpensiones-. Que el día 01 de junio de 1997 realizó el 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, al suscribir el formato de formulario de traslado, sin recibir información sobre los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro. Que ha cotizado en el Sistema General de Pensiones con los dos Regímenes más de 15 semanas.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada **COLPENSIONES, S.A.**, ésta dio 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 BUENA FE, 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 CASO DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, PRESCRIPCIÓN INNOMINADA O GENERICA.

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 permitir 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 INNOMINADA O LA GENÉRICA.

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en el sentido estricto de la afiliación de la señora MONGUI QUIJANO MARIÑO, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., suscrita el día 17 de marzo de 1997 por los motivos ya expuestos, en consecuencia DECLARAR que para todos los efectos legales el traslado de régimen de ahorro individual y con solidaridad no surtan efectos.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. 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 aseguradora con todos sus intereses como lo dispone el Art. 1746 del Código Civil, esto es, los rendimientos que se hubieran causado, en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida de administradora Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones y Cesantías COLPENSIONES que, una vez la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. de cumplimiento a lo aquí ordenado en el anterior, proceda aceptar el traslado de la señora MONGUI QUIJANO MARIÑO del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. a asumir los posibles deterioros sufridos por el fondo bien administrado, en caso de que se hubieran causado, esto es, las meras sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, los gastos de la Administración y demás conceptos establecidos en el artículo 260 de la ley 100 de 1993, en que hubiese incurrido los cuales deban ser asumidos de su propio patrimonio siguiendo las 3 reglas del art. 9 del Código Civil.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. Fijando las costas en derecho en favor de la parte demandante, la suma equivalente al SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

SEXTO: REMITIR a la oficina Judicial el presente expediente para que surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, de conformidad con el artículo 10 del C.P.L. y S.S. Conforme lo advertido.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de dar una veraz, completa y cierta información a la afiliada al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado. En relación con lo anterior, para el despacho existió una afectación del derecho fundamental de dignidad del trabajador a una vida digna, con una pensión por vejez mucho menor de mantenerse en el régimen, dónde se está saltando

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 del afiliado, siendo que la señora MONGUI QUIJANO MARIÑO es una persona capacitada para entender la obligación que adquirió cuando registró el traslado de régimen. Señala que han pasado más de 20 años de su 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, por lo que 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 gran 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 en favor de Colpensiones, situación que se debe tener en cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional faltando menos de los 10 años para acceder a la pensión, transgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100.

Por último, enfatizó en la excepción de prescripción formulada y en la contestación de la demanda.

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, el cual en su final que dice: “En toda restitución de frutos se abonarán al que la ha producido los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”. Recalcó que estos gastos, 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 h

por cuanto son unos pagos que se hacen a unos terceros ajenos los f
y hay que tener en cuenta que la fuente de esas obligaciones es de ca
legal.

Consideró que este reconocimiento hace que se incurra e
enriquecimiento sin causa y a favor de Colpensiones, entidad que ad
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
presentaron sus alegatos de conclusión, que se resumen de la sig
manera:

COLPENSIONES reiteró lo argumentado en la contestación de la de
y en los alegatos de primera instancia, solicitando revocar en su totali
sentencia de primer grado, además, señaló que no se puede retro
estado mismo de las cosas al haberse consumado el hecho por el afili
haberse acreditado el estado de pensionado, esto en virtud a la sen
SL373 del 10 de febrero de 2021 de la Sala de Casación Laboral de la
Suprema de Justicia en exposición de la Magistrada Ponente C
CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, la cual deja de forma clara los
excepcionales en las cuales no se puede reconocer la ineficacia
afiliación o traslado.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. solicitó revocar la senten
primera instancia y ratificó lo manifestado en el proceso, sosteniendo c
es procedente la nulidad del traslado, como tampoco a la devolución
gastos de administración y el pago de costas procesales.

VII. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. La Sala asume la competencia para decidir los rec
alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de
que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001; igualme
haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, un
presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdicc
consulta.

2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que genera 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 41 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Esto, conforme a la excepción de prescripción efectuada y reiterada 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 41 del Código Sustantivo del Trabajo 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 ni 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 engaño, alegando que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de la Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladas de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento de la señora MONGUI QUIJANO MARIÑO 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

como constitutivos de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, lo que conlleva a la exigencia del cuidado de los intereses de quienes pertenecen a ellas, el que inicia desde las etapas previas y preparatorias de 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 son 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 afiliado, 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 garantiza 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 diligencia 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, reglamentado 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 solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2.015 y la circular E-0016 de 2.016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes de ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado presente 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 tener

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 ha sido dada 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° 31314 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy de Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicada n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 2017, 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 2017, la 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 para 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 afiliarse 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, la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR, S.A., lo que generó 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 MONGUI QUIJANO MARIÑO ingresó al sistema de Seguro Social en Pensiones, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO VENEZOLANO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), y que el 17 DE MARZO DE 1997, se realizó el 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. 592355.

Revisando las pruebas allegadas a los autos, se evidencia que si bien el formato visto a folio 87 de los anexos de la contestación de la demanda de PORVENIR S.A., con fecha de 17 de marzo de 1997, el cual fue suscrito por la demandante, se dejó plasmado que su traslado entre régimen se realizó 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 debió haber sido suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no puede 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 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 hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible monto de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego, como 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 resultaría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio honesto 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 anegada a la realidad a la demandante

pasiva PORVENIR.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se inculpa 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 consejo, de la administradora demandada PORVENIR, y por consiguiente, se encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual de la demandante ante el sistema 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 MONGUI QUIJANO MARIÑO por lo que, en esta instancia CONFIRMARÁ lo resuelto por el juez A quo.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas y desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el mes de marzo de 2017, 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 en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Además, la mencionada Corporación se pronunció en su sentencia con radicado 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. Con 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) y no *ex nunc* (no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *statu quo ante* no sea una salida real).

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 administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del ahorro acumulado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que la 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, CSJSL1688-2019).

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

Como la nulidad fue una conducta indebida de la administradora ésta debe a cargo suyo asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pagos de pensiones mensuales 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 prestaciones deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si el 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, los 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 y 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 recibirlos.

Esto fue recientemente establecido por la HCSJ en su Sala de Casación Civil.

comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, por parte de aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos, para el 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 vinculada la actora como accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaración 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 considera como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hubieran 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 régimen prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como lo 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 efectuados por las 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, 2008, rad. 33333).

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. 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 esta situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuota 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 morosidad, desde la afiliación, de la actora, como, cotizaciones, bonos pensionales, y otros recursos adicionales de las aseguradoras, con todos los frutos e intereses, como lo está dispuesto, en el artículo 1746 del Código Civil. Esto es con los rendimientos que se hubieren causados, en virtud del regreso automático, al régimen prima media, con prestación definida.”

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994), de tal suerte que en las circunstancias en que se dio el traslado al Régimen de Ahorro Individual de Solidaridad de la demandante, precedido del deber del buen consejo de la parte de la administradora de pensiones en la oferta precontractual de servicios que en el presente caso no se avizora, fue, en esencia, la misma 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 produce de la condición de afiliado y los actos que emanen de tal condición, pues 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 el 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 intereses 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 elemento 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 corresponde 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, en el punto que, si se pensara de forma contraria, ni siquiera sería viable el recurso 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 una petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedeciendo 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

expuestos en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Laboral, en providencia STL4593 de 2015, Radicación 30999-2014, siendo magistrado ponente Jorge Mauricio Burgos Ruiz, donde se señala que la nulidad de traslado sería imprescriptible si estuviera estrechamente vinculada con la adquisición del derecho pensional, como derecho fundamental y prestación económica ligada al mínimo vital y al derecho al trabajo del demandante, y el mismo estuviere amenazado con la proposición del recurso de defensa 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 derecho de pensionado, de ambos se debe predicar la imprescriptibilidad para poder 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, 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 en derecho que ha salido adelante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último monto 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 demandadas fueron vencidas en el proceso, a su cargo deberán imponerse las costas.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida.

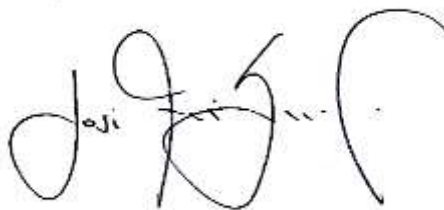
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIONES LABORALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada, por lo que se consulta consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 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 demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRACIÓN NACIONAL COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR S.A. y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



PROCESO ORDINARIO LABORAL
Juzgado Segundo Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2020-00191-00
Partida Tribunal: 19579
Demandante: MONGUI QUIJANO MARIÑO
Demandada(o): COLPENSIONES / PORVENIR S.A.
Tema: NULIDAD DE TRASLADO
Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

Nidia Belén Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fu
Por ESTADO No. 056, fijado
Secretaria de este Tribunal Superior
Cúcuta, 03 de junio 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 Segundo Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54001310500220200021500

Partida Tribunal: 19611

Demandante: GLORIA INES JORDAN GOMEZ

Demandada(o): COLPENSIONES / AFP PORVENIR

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, primero (01) de junio de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a surtir el grado jurisdiccional de consulta y resolver los recursos de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas y el Grado Jurisdiccional de Consulta, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 16 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado 54001310500220200021500 y partida de este Tribunal Superior No. 19611 promovido por la señora GLORIA INES JORDAN GOMEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, S.A. y AFP PORVENIR S.A.

I. ANTECEDENTES

La demandante GLORIA INES JORDAN GOMEZ 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 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 a el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

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:

Que nació el 12 de octubre de 1957. Que ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 11 de marzo de 1994, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS). Que el 26 de octubre de 1995 realizó traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, 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 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, BUENA FE, 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, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

Por su parte, **PORVENIR** 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 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 SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 16 de noviembre del 2021, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR, la ineficacia, en sentido estricto, de la afiliación de la señora Gloria Inés Jordán Gómez, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., suscrita el día 26 de octubre del año 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar, que, para todos los efectos legales el traslado al régimen de ahorro individual, con solidaridad, del demandante, no surte efecto.

SEGUNDO: ORDENAR, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver, al sistema todos los valores, que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos, intereses, como lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es, con los rendimientos, que se hubiere causado, en virtud, del regreso automático, al régimen de prima media con prestación definida de Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, que una vez la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. de cumplimiento, a lo aquí ordenado, proceda, aceptar el traslado de la señor Gloria Inés Jordán Gómez, del régimen de ahorro individual, al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: CONDENAR, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a asumir, los deterioros sufridos, por el bien administrado, en caso de que estos, se hubiere causado, esto es las mermas sufridas, es el capital destinado, a la financiación de la pensión de vejes, por los gastos de administración y demás conceptos establecidos, en el artículo 2060, de la ley 100 de 1993, en que hubieren incurrido, los cuales serán asumidos, de su propio patrimonio, siguiendo las reglas del artículo 963 del código civil.

QUINTO: CONDENAR, en costas, a la parte demandada Porvenir S.A., fijando como Agencias en derecho, en favor de la parte demandante, la suma de Un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

SEXTO: 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 del Distrito Judicial de Cúcuta.

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación, manifestando que la señora GLORIA INES JORDAN GOMEZ se afilió y se trasladó de régimen libremente y en toda su capacidad. Que han pasado más de 10 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que el accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen.

Que PORVENIR suministró esta información y que no hay ningún método idóneo o método probatorio que pueda demostrar una situación diferente, por cuanto esto no le era exigible a los fondos privados en el momento del traslado. Que el motivo del traslado es el valor o monto pensional, que varía por condiciones ajenas a la afiliación por uno u otro régimen, no es directamente proporcional, afirmando que la demandante no reúne los requisitos; aunado al desequilibrio financiero que genera en el régimen de pensiones con esta decisión.

PORVENIR S.A. Indicó que en cuanto la nulidad del traslado de régimen, reitera lo expuesto en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión.

Así mismo, no compartió el fallo en lo relacionado a que se debe devolver la totalidad de los descuentos realizados por el fondo; considerando que se incurre en una injusticia de parte del sistema judicial por no reconocer los gastos en los que incurrió el fondo, siendo claro que, el art. 964 del Código Civil inciso final dice: *“En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”*.

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 dela 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.

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:

COLPENSIONES a través de su apoderada judicial ratificó los argumentos del recurso de alzada y la contestación de la demanda, alegando que la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado no resulta procedente, teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado por el demandante

al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, 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 establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y según la LEY 1328 DEL 2009.- artículo 48. que modifico los literales c) y, d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993. Por último, reiteró la excepción de prescripción.

PORVENIR ratificó los argumentos del recurso, solicitó revocar la sentencia en su totalidad alegando que la línea jurisprudencial tenida en cuenta, surgió en fecha posterior al traslado de régimen, cuando no existían reglas respecto a la información. Que la asesoría se brindó conforme lo dispone el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Que la entidad envió la información junto con los extractos trimestrales, además, en el año 2004 se realizaron 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 de acuerdo con la devolución de los gastos de administración ni con la condena en costas procesales.

El apoderado judicial de la demandante, solicitó confirmar la sentencia. Una vez cumplido el término para presentar alegatos, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

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, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

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 la demandante GLORIA INES JORDAN GOMEZ desde COLPENSIONES - RPMPD- a 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 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 efectuada y reiterara por Colpensiones. 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 PORVENIR 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 GLORIA INES JORDAN GOMEZ para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, 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 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 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 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 GLORIA INES JORDAN GOMEZ 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 las anteriores consideraciones y con el objeto de dar respuesta al recurso 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 una ***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).

De tal manera se tiene que, la demandante GLORIA INES JORDAN GOMEZ nació el 12 de octubre de 1957, ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 11 de marzo de 1994, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), y el 26 de octubre de 1995 realizó traslado del 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 que se acredita mediante el formulario N°391561 visto a folio 21 del expediente digital de la demanda por parte de la demandada Porvenir, el cual fue suscrito por la demandante, dejándose plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “hago constar que la selección del redimen de Ahorro Individual con Solidaridad- lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. manifiesto que he elegido a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. para que administre mis aportes pensionales...”, 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, afirmaciones tales que señala el formulario de folio 21, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público.

De manera tal, 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.

Conforme con lo expuesto, el primer problema jurídico quedará resuelto en forma desfavorable a los recurrentes COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.; reiterándose que, 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.

Además, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, 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 GLORIA INES JORDAN GOMEZ por lo que, en esta instancia se **CONFIRMARÁ** lo resuelto por el juez A quo.

Montos a restituir

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR, 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 octubre de 1995**, 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 ., 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 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. Por lo tanto, se ratificará en su totalidad los ordinales tercero y cuarto de la sentencia apelada y consultada.

Por último y a pesar de no ser objeto de los recursos de apelación, la **excepción de prescripción formulada por las demandadas**, no opera en

estos asuntos, ya que la condición de afiliado y, por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, 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.

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.

VIII. DECISIÓN DE LA SALA

Por las motivaciones expuestas en esta providencia queda resuelto el problema jurídico planteado en forma desfavorable a los recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en consecuencia, se **CONFIRMARÁ** en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 11 de noviembre de 2021.

Se condenará en costas de segunda instancia a LA AFP PORVENIR S.A., y a COLPENSIONES por no haberles prosperado el recurso de alzada, fijando como agencias en derecho a su cargo, la suma de CUATROCIENTOS MIL

PESOS (\$400.000.00) para cada una y a favor de la demandante GLORIA INES JORDAN GOMEZ , de conformidad con el art. 365 del C.G. del P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 emanado del CSJ Sala Administrativa.

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,

IX. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 11 de noviembre de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a LA AFP PORVENIR S.A., y a COLPENSIONES por no haberles prosperado el recurso de alzada, y fijar como agencias en derecho a su cargo, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000.00), para cada una y a favor de la demandante GLORIA INES JORDAN GOMEZ, de conformidad con el art. 365 del C.G. del P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 emanado del CSJ Sala Administrativa.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO

Nidia Belén Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 056, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 03 de junio de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Clase de Proceso: Ordinario

Radicado Juzgado: 54-001-31-05-003-2019-00254-00

Partida Tribunal: 19491

Juzgado: Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: FANNY MARÍA CONTRERAS BAYONA

Demandado: BERANGELA RAMOS DE MENDOZA Y CLARA TERESA MORA DE AVENDAÑO

Asunto: Apelación de Auto - medida cautelar

AUTO INTERLOCUTORIO

MAGISTRADO PONENTE:

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Hoy, primero (01) de junio de dos mil veintidós (2022) se reunió la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra el ORDINAL TERCERO de la providencia proferida el día tres (03) de agosto de dos mil veintiuno (2021) por la Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual, decidió acceder a la medida cautelar solicitada por la actora, dentro del proceso ejecutivo laboral con Radicado N.º 54-001-31-05-003-2019-00254-00 y Partida de este Tribunal N.º 19.491, promovido por la señor FANNY MARÍA CONTRERAS BAYONA, mediante apoderado judicial, en contra de las señoras BERANGELA RAMOS DE MENDOZA y CLARA TERESA MORA DE AVENDAÑO.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, una vez conocido el proyecto de decisión, se procede a deliberar sobre el mismo, teniendo en cuenta para el efecto los siguientes,

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

La alzada es procedente conforme a lo normado en el numeral 7º del artículo 65 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 29 de la ley 712 de 2001, el cual señala que este medio de impugnación se puede incoar contra el auto que decide sobre las medidas cautelares.

OPORTUNIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN

Según consta en el expediente digital, y conforme a la fecha de notificación por estados electrónicos de la providencia impugnada (fecha el 4 de agosto de 2021), se tiene que el recurso fue instaurado en la oportunidad procesal que dispone el

artículo 65 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 29 de la ley 712 de 2001, numeral 1 del inciso segundo, esto es, por escrito dentro de los cinco días siguientes a la notificación por estados del auto controvertido (impugnado el 11 de agosto de 2021).

COMPETENCIA DE LA SALA

Por la competencia funcional asignada en el artículo 15 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el numeral 1, literal B del artículo 10 de la ley 712 de 2001, esta Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación reseñado.

ANTECEDENTES

La señora FANNY MARÍA CONTRERAS BAYONA, por medio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral, en contra las señoras BERANGELA RAMOS DE MENDOZA y CLARA TERESA MORA DE AVENDAÑO, pretendiendo la declaración de un contrato de trabajo y el pago de las prestaciones sociales desde el 12 de mayo de 1988 hasta el 20 de noviembre de 2018 junto con el pago de indemnizaciones por despido sin justa causa, moratoria, pago de pensión sanción, indexación y pago de costas.

Durante el transcurso del proceso y posterior a la celebración de la audiencia de conciliación, decisión de excepciones, saneamiento, fijación de litigio y decreto de pruebas (audiencia el 11 de febrero de 2020), falleció una de las demandadas, la señora BERANGELA RAMOS DE MENDOZA (q.e.p.d.) el 10 de junio de 2021, por lo que, el apoderado judicial de la demandante, solicitó como medida cautelar, el embargo y secuestro, de un **lote** ubicado en la acera oriental con un área de 268.80 M2 alinderado así: Norte: Con el lote #4 de la urbanización los libertadores. Sur: Con casa que es o fue de Rafael Palacios Pérez. Oriente: Con el lote #10 de la urbanización los libertadores. Occidente: Con la Av. 0; bien de propiedad de la demandada, ante la posibilidad de la tradición de los bienes a favor de los herederos de la causante.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante providencia de fecha 03 de agosto de 2021 en el ordinal tercero resolvió: “*DECRETAR la medida cautelar de embargo respecto al bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No.260-1787 de propiedad de la demandada BERANGELA RAMOS DE*

MENDOZA, OFICIAR a la oficina de instrumentos Públicos para los fines pertinentes.”

Para fundamentar la decisión, trajo a colación lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-043 de 2021 que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 85 A del CPTSS, en el entendido que en la jurisdicción ordinaria laboral puede invocarse las **medidas cautelares innominadas** previstas en el literal “c” del artículo 590 del CGP, que dispone: *“c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.”*

Sostuvo que la Corte Constitucional estableció algunos criterios que debían tenerse en cuenta para el decreto de la medida cautelar innominada, presupuestos que consideró cumplidos en este asunto, ya que dentro del expediente obran pruebas que *“acreditan la existencia de una relación laboral entre la demandante y demandadas”*, cuyos extremos laborales viene desde el año 1988 hasta el 2018; esto es, concluyó que existe un legítimo interés de la parte demandante y los derechos reclamados, que pueden verse afectados por una eventual proceso de sucesión frente a sus herederos, por ello, accedió a decretar la medida cautelar de embargo y secuestro del bien inmueble.

EL RECURSO DE ALZADA Y SU SUSTENTACIÓN

El apoderado judicial de la demandada *BERANGELA RAMOS DE MENDOZA (q.e.p.d.)*, inconforme con la decisión interpone recurso de apelación, solicitando que sea revocado el auto anterior en su totalidad alegando que, la medida cautelar de embargo y secuestro del bien inmueble no es procedente, pues considera que, en la sentencia C-043 de febrero 25 de 2021 la Corte Constitucional señaló respecto de las medidas cautelares innominadas en el proceso laboral lo siguiente: *“Por el contrario, las demás medidas previstas en el art. 590 del CGP responden a solicitudes específicas del proceso civil. Si se admitieran en el **proceso laboral todas las medidas cautelares de la referida norma procesal general, implicaría que en él pudiera solicitarse la inscripción de la demanda o el embargo y secuestro de un bien, pasando por alto que el legislador habilitó estas medidas para casos particulares en lo civil**, esto es, cuando se persigue el reconocimiento del derecho de dominio o el pago de una indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual o extracontractual”*; igualmente, subrayó

que “...para decretar la medida cautelar innominada el juez seguirá los parámetros establecidos por el art. 590 del CGP”.

Para resolver,

SE CONSIDERA

El problema jurídico se reduce a establecer si en el presente caso, la Juez A quo erró al decretar la medida cautelar innominada de EMBARGO del bien inmueble perteneciente a la demandada *BERANGELA RAMOS DE MENDOZA (q.e.p.d.)*, con base en el artículo 590 del CGP y lo indicado en la sentencia C-043 de 2020.

Previo a resolver el conflicto, se hace importante señalar que, el 21 de septiembre de 2021 la Oficina de Instrumentos Públicos de Cúcuta, mediante “nota devolutiva” inadmitió la inscripción de embargo del inmueble con matrícula N.260-1787, por cuanto el bien se encuentra embargado por el ISS por jurisdicción coactiva.



Aclarado lo anterior, se tiene **que las medidas cautelares** son aquellos instrumentos procesales de protección a los cuales acuden las partes para garantizar que la obligación sea efectivamente ejecutable; como característica principal, es que son provisionales y preventivas, esto es, son necesarias en la medida que la decisión del conflicto tiende a tardar, y su objeto se circunscribe a la materialización de la tutela judicial efectiva.

En principio, las medidas cautelares son taxativas esto es, de naturaleza NOMINADA conforme se prevén en el ordenamiento jurídico, sin embargo, el CGP consagró en el numeral 1º literal c) del art. 590 las llamadas medidas cautelares INNOMINADAS, la cual señala:

“1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

(...)

“c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

“Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

“Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

“Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo (...).”

Se hace importante señalar que, la Corte Constitucional en sentencia C-043-2021, estudio la demanda de constitucionalidad, en la que se pretendía la declaración de inexecutable el artículo 37A de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 85A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, afirmando los accionantes que, las medidas cautelares previstas en el artículo 590 del Código General del Proceso establecen un (i) mayor listado de medidas disponibles, son (ii) efectivas, (iii) cubren un extenso número de pretensiones, (iv) el estándar para su imposición es más amplio y (v) su solicitud debe resolverse en un menor tiempo (artículo 588, CGP).

En el mencionado fallo, la Corte Constitucional al realizar el “Examen de igualdad sobre el trato diferenciado entre los justiciables que solicitan medidas cautelares ante las especialidades laboral y civil de la jurisdicción ordinaria”, dispuso: (i) en cuanto al patrón de comparación, “que se trata de grupos comparables que se

encuentran en una misma situación jurídica y fáctica.”; (ii) El trato diferenciado, “...la Sala comparte la conclusión de los demandantes y considera que existe un trato diferenciado, puesto que tanto los justiciables de la especialidad laboral como la civil tienen regímenes de medidas cautelares diferentes en cuanto al listado posible de medidas, su efectividad para asegurar el cumplimiento de la sentencia, el estándar para su aplicación y el plazo para resolver sobre su solicitud”.

Además, respecto a la conducencia de la medida, determinó:

“La Sala evidencia entonces que el régimen cautelar contemplado para el procedimiento civil, específicamente el previsto para los procesos declarativos (art. 590, CGP), es más ventajoso para sus justiciables, si se compara con el disponible en el proceso laboral para los justiciables de esta especialidad. Efectivamente, el primero goza de un estándar de protección más alto puesto que su régimen cautelar permite adoptar medidas con diferente alcance para proteger preventivamente el derecho reclamado, mientras que la segunda cuenta únicamente con la caución como herramienta para garantizar provisionalmente los derechos que allí se exigen, sin más alternativas.

Sin duda, lo expuesto refleja un déficit de protección cautelar para los justiciables del proceso laboral. Lo cual lleva a concluir que, bajo el razonamiento judicial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la norma acusada vulnera el principio de igualdad.

No obstante, para solucionar el trato desigual señalado, la Sala descarta declarar la inexecutable de la norma acusada, dado que ello pondría en una situación más gravosa a los justiciables en el proceso laboral, al pasar de un estatus de protección cautelar deficiente a la ausencia absoluta de este...

En tal sentido, la sala considera que existe otra interpretación posible de la norma acusada que permite garantizar el derecho a la igualdad de los justiciables del proceso laboral y también superar el déficit de protección evidenciado. Consiste en sostener que el art. 37a de la ley 712 de 2001 sí admite ser complementado por remisión normativa a las normas del CGP, dado que el primero no contempla una disposición especial que proteja preventivamente los derechos reclamados en aquellos eventos donde la caución es inidónea e ineficaz. **Aplicación analógica que procede únicamente respecto del artículo 590, numeral 1º, literal “c” del estatuto procesal general, es decir, de las medidas cautelares innominadas, por las siguientes razones.** (Negrilla fuera de texto).

El CGP es un cuerpo legal que complementa los demás procedimientos judiciales en lo no contemplado en ellos. Así lo dispone su artículo 1º cuando sostiene que “se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén expresamente regulados en otras leyes”. A su turno, como se ha indicado en párrafos anteriores, el CPT permite aplicar analógicamente disposiciones especiales no contempladas en este. **Tal es el caso de las medidas cautelares innominadas, no previstas en el CPT, pero sí en el CGP.** (Negrilla fuera de texto).

La posibilidad de aplicar analógicamente las medidas cautelares innominadas del proceso civil en el laboral se debe a que con ellas el legislador responde “a la variedad de circunstancias que se pueden presentar”¹ en el proceso, por lo que resultan idóneas y eficaces para prevenir daños y garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los trabajadores en sus distintas dimensiones.

¹ C-835 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

En efecto, la medida cautelar innominada consagrada en el literal “c”, numeral 1º, del artículo 590 del CGP, es una prerrogativa procesal que por su lenguaje no explícito puede ser aplicada ante cualquier tipo de pretensión en un proceso declarativo, dado que no condiciona su procedencia a una situación concreta definida por el legislador. Es a través de este tipo de medidas que el juez laboral puede, con fundamento en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, determinar si procede su adopción de acuerdo con el tipo de pretensión que se persiga. A través de ellas el juez podrá adoptar la medida que “encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”. (Negrilla fuera de texto).

Por el contrario, las demás medidas previstas en el art. 590 del CGP responden a solicitudes específicas del proceso civil. Si se admitieran en el proceso laboral todas las medidas cautelares de la referida norma procesal general, implicaría que en él pudiera solicitarse la inscripción de la demanda o el embargo y secuestro de un bien, pasando por alto que el legislador habilitó estas medidas para casos particulares en lo civil, esto es, cuando se persigue el reconocimiento del derecho de dominio o el pago de una indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual o extracontractual. (Negrilla fuera de texto).

Así, la referida interpretación judicial del artículo acusado aumenta significativamente la garantía del derecho de acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva de los justiciables del proceso laboral, pues para decretar la medida cautelar innominada el juez seguirá los parámetros establecidos por el art. 590 del CGP. Con esto se superan las desventajas que los demandantes señalaban respecto del art. 37A de la Ley 712 de 2001, referidas (i) al listado de medidas disponibles, (ii) su efectividad, (iii) el estándar para decretarlas y (iv) el plazo para resolverlas. Sumado a ello, este entendimiento de la norma es conforme con los principios de la primacía del derecho sustancial sobre las formas, el de contar con un recurso judicial efectivo y con el trato especial que la Constitución Política otorga a los derechos al trabajo y a la seguridad social, tanto en su dimensión sustancial como procedimental.

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte declarará exequible de forma condicionada el artículo 37A de la Ley 712 de 2001, en el entendido según el cual en la jurisdicción ordinaria laboral pueden invocarse medidas cautelares innominadas, previstas en el literal “c” del numeral 1º del artículo 590 del CGP.

Dicho literal establece, principalmente, que se puede aplicar cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión. Para decretar la medida cautelar el juez apreciará, entre otras situaciones, la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho...”

En conclusión, la Corte Constitucional declaró **exequible de forma condicionada** el artículo 37A de la Ley 712 de 2001, que modificó el 85A del Código Procesal del

Trabajo, por razones de igualdad, en el entendido de que en la jurisdicción ordinaria laboral pueden invocarse las medidas cautelares innominadas previstas en el literal c, numeral 1 del artículo 590 del CGP.

En igual sentido, señaló que para que el juez laboral decrete las medidas cautelares innominadas, deberá realizar un estudio riguroso dentro del marco de su discrecionalidad y prudencia, teniendo en cuenta: “(...) *la legitimación o interés para actuar (...) la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho (...) la apariencia de buen derecho (...), la necesidad, efectividad y proporcionalidad (...)*”, analizándose, por supuesto, su alcance en torno al derecho objeto del litigio.

Caso en concreto.

Descendiendo al caso analizado, la Juez A quo con fundamento en la sentencia C043/2021 proferida por la Corte Constitucional, estableció que era procedente DECRETAR la medida cautelar “innominada” solicitada por la demandante, de EMBARGO del bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria N.º 260-1787 de propiedad de la demandada BERANGELA RAMOS DE MENDOZA (q.e.p.d.), de conformidad con las pruebas aportadas al expediente y los hechos aceptados en la contestación de la demanda, en concordancia con las pretensiones alegadas respecto a la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante FANNY MARÍA CONTRERAS, y las demandadas BERANGELA RAMOS DE MENDOZA y CLARA TERESA MORA DE AVENDAÑO, desde el 12 de mayo de 1988 hasta el 20 de noviembre de 2018, con el correspondiente pago de prestaciones sociales, vacaciones y otras acreencias laborales, cumpliéndose los presupuestos exigidos en la sentencia mencionada, esto es: la legitimación para actuar, la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho, y la apariencia de buen derecho, que según la misma Corporación dispuso, “...*la exequibilidad condicionada de la norma demandada suple el déficit de protección de los justiciables de la jurisdicción ordinaria laboral en relación con la efectividad e idoneidad de las medidas cautelares que tienen para garantizar sus pretensiones. Pero es el legislador el llamado a diseñar un régimen de medidas cautelares fuerte que responda a las características especiales de quienes acuden ante la justicia laboral reclamando el reconocimiento de sus derechos.*”

El apoderado judicial recurrente consideró que dicha medida no es procedente, afirmando que, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-043/2021, la misma se encuentra en el listado del numeral 1º literales a) y b) del art. 590 del CGP, exclusivas para casos particulares en lo civil, donde se

persigue el reconocimiento del derecho o el pago de una indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual o extracontractual, lo que excluye las previstas en el literal c) del numeral 1º del mismo artículo, disposición que la Corte Constitucional consideró aplicable al procedimiento laboral; resaltó además, apartes de la sentencia en la que indica: *“Por el contrario, las demás medidas previstas en el art. 590 del CGP responden a solicitudes específicas del proceso civil. Si se admitieran en el **proceso laboral todas las medidas cautelares de la referida norma procesal general, implicaría que en él pudiera solicitarse la inscripción de la demanda o el embargo y secuestro de un bien, pasando por alto que el legislador habilitó estas medidas para casos particulares en lo civil**, esto es, cuando se persigue el reconocimiento del derecho de dominio o el pago de una indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual o extracontractual”*.

Expuesto lo anterior, la Sala considera importante reiterar que si bien la Corte Constitucional en la sentencia C-043/2021 no accedió a la pretensión de los accionantes respecto a la declaración de la inexequibilidad del art. 37 A de la Ley 712 de 2001, en ella se declaró la EXEQUIBLE EN FORMA CONDICIONADA, en el entendido según el cual, con base en la APLICACIÓN ANALÓGICA, en la jurisdicción ordinaria laboral pueden invocarse ÚNICAMENTE las medidas cautelares innominadas, previstas en el literal “c” del numeral 1º del artículo 590 del CGP, en los procesos declarativos.

En ese orden de ideas, de la lectura de la aludida sentencia de exequibilidad, considera la Sala que le asiste razón al recurrente, cuando advierte que la medida cautelar de embargo del bien inmueble de propiedad de la demandada BERANGELA RAMOS (q.e.p.d.), no procede en este asunto, ya que la misma constituye una medida cautelar de naturaleza “nominada” que de ningún modo puede ser aplicada en el proceso declarativo ordinario laboral, pues dentro del aludido trámite solo pueden promoverse las medidas contempladas en el numeral 1º del literal c) del art. 590 del CGP.

En efecto, **tratándose de procesos de naturaleza declarativa**, el Código General del Proceso en su artículo 590, estableció la posibilidad de solicitar, decretar y practicar medidas cautelares, entre estas la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro, cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal y cuando se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil extra-contractual (literales a y b), las cuales al encontrarse expresamente tipificadas, corresponden a cautelas de tipo NOMINADAS reguladas en el estatuto

procesal civil y que son habilitadas para **los específicos eventos consagrados en la norma estudiada**, descartándose así su aplicación a los procesos ordinarios laborales, donde si funge procedente la solicitud de medidas cautelares innominadas reguladas en el lit c) de dicha normatividad, pues las mismas, como lo explicó la H. Corte Constitucional, **no condicionan su procedencia a una concreta situación definida por el legislador.**

Además, la misma resulta inane, en razón a la “nota devolutiva” del Registrador de Instrumentos Públicos de Cúcuta, el cual informa que existe un embargo previo del respectivo inmueble objeto de cobro coactivo por parte del Instituto de Seguro Social.

En consecuencia, y en virtud a que a juicio de la Sala, no puede aplicarse al proceso ordinario laboral una medida cautelar de naturaleza nominada prevista taxativamente en el código General del Proceso, se REVOCARÁ parcialmente el auto fechado el 03 de agosto de 2021, en el ORDINAL TERCERO, proferido el día por la Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, y en su lugar, declarar que no es procedente la medida cautelar de embargo del bien inmueble de propiedad de la demandada BERANGELA CONTRERAS (q.e.p.d.), por no encontrarse dentro de las medidas previstas en el literal c) numeral 1º del art. 590 del CGP.

No se condenará en costas procesales de segunda instancia, ante la prosperidad del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**, por intermedio de su Sala de Decisión Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el auto fechado el 03 de agosto de 2021, en el ORDINAL TERCERO, proferido el día por la Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en su lugar, **DECLARAR** que no es procedente la medida cautelar de embargo del bien inmueble de propiedad de la demandada BERANGELA CONTRERAS (q.e.p.d.), por no encontrarse dentro de las medidas previstas en el literal c) numeral 1º del art. 590 del CGP.

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS de segunda instancia.

TERCERO: Ejecutoriado el presente auto **DEVUÉLVASE** la actuación al Juzgado de origen para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado Ponente



ELVER NARANJO

Magistrado



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 056, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 03 de junio 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 Tercero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54001-31-05-003-2021-00007.

Partida Tribunal: 19617

Demandante: ISABEL SOLEDAD HERNANDEZ

Demandada(o): COLPENSIONES / AFP PORVENIR

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, primero (01) de junio de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a surtir el grado jurisdiccional de consulta y resolver los recursos de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas y el Grado Jurisdiccional de Consulta, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 29 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado 54001-31-05-003-2021-00007 y partida de este Tribunal Superior No. 19617 promovido por la señora ISABEL SOLEDAD HERNANDEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, S.A. y AFP PORVENIR S.A.

I. ANTECEDENTES

La demandante ISABEL SOLEDAD HERNANDEZ 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 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 a el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

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:

Que nació el 06 de agosto de 1968. Que ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 01 de octubre de 1990, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS). Que el 15 de octubre de 1996 realizó traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, 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 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, INNOMINADA O GENÉRICA.

Por su parte, **PORVENIR** 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 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 29 de noviembre del 2021, resolvió lo siguiente:

PRIMERA: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación propuesta por las entidades demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante ISABEL SOLEDAD HERNANDEZ a COLPATRIA SA y PORVENIR SA, en consecuencia declarar que para todos los efectos legales, la actora nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a la administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR SA, a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones realizadas por el demandante, 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 del demandante ISABEL SOLEDAD HERNANDEZ reciba e incorpore a su historial laboral los aportes que sean remitidos por PORVENIR SA, con el fin de financiar aquellas prestaciones económicas a las cuales tenga derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: CONDENAR en costas a PORVENIR SA y COLPENSIONES.

SEXTO: CONSULTAR esta providencia a favor de COLPENSIONES.

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación, manifestando que la señora ISABEL SOLEDAD HERNANDEZ se afilió y se trasladó de régimen libremente y en toda su capacidad. Que han pasado más de 10 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que el accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen.

Que PORVENIR suministró esta información y que no hay ningún método idóneo o método probatorio que pueda demostrar una situación diferente, por cuanto esto no le era exigible a los fondos privados en el momento del traslado. Que el motivo del traslado es el valor o monto pensional, que varía por condiciones ajenas a la afiliación por uno u otro régimen, no es directamente proporcional, afirmando que la demandante no reúne los requisitos; aunado al desequilibrio financiero que genera en el régimen de pensiones con esta decisión.

PORVENIR S.A. Indicó que en cuanto la nulidad del traslado de régimen, reitera lo expuesto en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión.

Así mismo, no compartió el fallo en lo relacionado a que se debe devolver la totalidad de los descuentos realizados por el fondo; considerando que se incurre en una injusticia de parte del sistema judicial por no reconocer los gastos en los que incurrió el fondo, siendo claro que, el art. 964 del Código Civil inciso final dice: *“En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”*.

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 dela 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.

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. a través de su apoderado judicial ratificó los argumentos del recurso de alzada y 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; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal. Que la información brindada, se ajusta a lo preceptuado 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 PORVENIR S.A. informó

a sus afiliados la posibilidad que les da la LEY 100/1993 sobre el cambio del REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD al REGIMEN DE PRIMA MEDIA y estos no realizaron tales cambios en el tiempo reglamentario. No estuvo conforme con la devolución de los gastos de administración y con la condena en costas procesales.

COLPENSIONES reiteró lo argumentado en la contestación de la demanda y en los alegatos de primera instancia, solicitando revocar en su totalidad la sentencia de primer grado, alegando que el traslado realizado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad lo realizó bajo el derecho a la libre elección de régimen que le asiste al demandante y que se consagra de la siguiente manera LEY 1328 DEL 2009.- ARTÍCULO 48.

Sostiene que no existen fundamentos de hecho o de derecho suficientes que sustenten la declaratoria de la ineficacia o nulidad de traslado pretendida y, por consiguiente, la condena al reconocimiento de pensión de vejez por parte de mi representada al demandante, ya que tal como se argumentó, no basta la simple afirmación de “no haber recibido una debida información” al momento de realizarse el traslado.

Que el acto de afiliación al RAIS lo realizó la parte actora en forma libre y voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, además la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora, y COLPENSIONES 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.

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

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, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

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 la demandante ISABEL SOLEDAD HERNANDEZ desde COLPENSIONES - RPMPD- a 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-.

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, advirtiéndole 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 PORVENIR 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 ISABEL SOLEDAD HERNANDEZ para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, 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 administran 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 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 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 ISABEL SOLEDAD HERNANDEZ 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 las anteriores consideraciones y con el objeto de dar respuesta al recurso 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 una ***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).

De tal manera se tiene que, la demandante ISABEL SOLEDAD HERNANDEZ nació el 06 de agosto de 1968, que ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 01 de octubre de 1990, cotizando aportes ante extinto el

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), y el 15 de octubre de 1996 realizó traslado del 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 que se acredita mediante el formulario con fecha de radicación del 15 de octubre de 1996 visto a folio 35 del expediente digital de la contestación de la demanda por parte de la demandada Porvenir, el cual fue suscrito por la demandante, dejándose plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que *“hago constar que la selección del redimen de Ahorro Individual con Solidaridad- lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. manifiesto que he elegido a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. para que administre mis aportes pensionales...”*, 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, afirmaciones tales que señala el formulario de folio 35, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público.

De manera tal, 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.

Conforme con lo expuesto, el primer problema jurídico quedará resuelto en forma desfavorable a los recurrentes COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.; reiterándose que, 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.

Además, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, 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 ISABEL SOLEDAD HERNANDEZ por lo que, en esta instancia se **CONFIRMARÁ** lo resuelto por el juez A quo.

Montos a restituir

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR, 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 octubre de 1996**, 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 ., 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 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. Por lo tanto, se ratificará en su totalidad los ordinales tercero y cuarto de la sentencia apelada y consultada.

Por último y a pesar de no ser objeto de los recursos de apelación, la **excepción de prescripción formulada por las demandadas**, no opera en estos asuntos, ya que la condición de afiliado y, por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, 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. En virtud a lo anterior, la decisión proferida por el Juez A quo deberá ser confirmada.

Respecto a las costas procesales como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, 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.

VIII. DECISIÓN DE LA SALA

Por las motivaciones expuestas en esta providencia queda resuelto el problema jurídico planteado en forma desfavorable a los recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en consecuencia, se **CONFIRMARÁ** en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 29 de noviembre de 2021.

Se condenará en costas de segunda instancia a LA AFP PORVENIR S.A., y a COLPENSIONES por no haberles prosperado el recurso de alzada, fijando como agencias en derecho a su cargo, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000.00) para cada una y a favor de la demandante ISABEL SOLEDAD HERNANDEZ, de conformidad con el art. 365 del C.G. del P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 emanado del CSJ Sala Administrativa.

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,

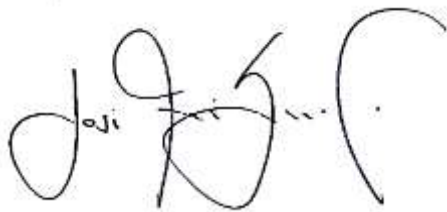
IX. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 29 de noviembre de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a LA AFP PORVENIR S.A., y a COLPENSIONES por no haberles prosperado el recurso de alzada, y fijar como agencias en derecho a su cargo, la suma de

CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000.00), para cada una y a favor de la demandante ISABEL SOLEDAD HERNANDEZ, de conformidad con el art. 365 del C.G. del P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 emanado del CSJ Sala Administrativa.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 056, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 03 de junio de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta
SALA LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-004-2017-00366-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18967
JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: CESAR ANDRÉS CRISTANCHO BERNAL
DEMANDADO: DORIAN LEANDRO SANABRIA FLÓREZ
TEMA: HONORARIOS PROFESIONALES
REF: APELACIÓN

MAGISTRADO PONENTE
DR. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, primero (01) de junio de dos mil veintidós (2022).

Se resuelve el recurso de alzada interpuesto por el apoderado judicial del demandante contra la sentencia de fecha 17 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral, con radicado interno No. 54-001-31-05-004-2017-00366-00 y Partida del Tribunal No. 18967 promovido por el doctor CESAR CRISTANCHO BERNAL en nombre propio contra el señor DORIAN LEANDRO SANABRIA FLOREZ.

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 interpone demanda ordinaria laboral contra el señor Dorian Leandro Sanabria Flórez, para que se declare la existencia de la relación jurídica derivada de un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado que se inició el 25 de julio de 2002, en consecuencia, se declare la responsabilidad patrimonial y el reconocimiento de pago de los emolumentos derivados del porcentaje por concepto de prestación de servicios acordado, derivado del éxito de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la justicia contenciosa administrativa. Se ordene el pago del 40% del valor total reconocido dentro de la decisión judicial, al pago de los intereses corrientes y

de mora por mala fe como lo prescribe el art. 884 del Código de Comercio, las facultades extra y ultra petita y las costas procesales.

II. HECHOS:

El demandante fundamenta sus pretensiones con base en los siguientes hechos: Que el 25 de julio de 2002 se acordó contrato de mandato con el señor Dorian Leandro Sanabria Flórez en calidad de contratante, así mismo en calidad de contratista la Doctora Astrid Marcela Clavijo Pantaleón; que se pactó el 40% de honorarios, más intereses moratorios, para seguir una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, que durante los años 2003, 2004 hasta el 2008 mediante sustitución de poder, en fecha 23 de mayo de 2008 recibió poder especial para representar al señor Sanabria Flórez; que el Juzgado Segundo Administrativo del Circulo Judicial de Cúcuta en primera instancia expide fallo el 18 de abril de 2008 y luego el Tribunal Administrativo de Norte de Santander revoca la decisión mediante fallo del 7 de diciembre de 2011, mediante sentencia de tutela de fecha 31 de octubre de 2013 la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró improcedente la acción, posteriormente en sala de revisión de la Corte Constitucional dejó sin efectos la sentencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander y dejó en firme la decisión proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circulo Judicial de Cúcuta que declaró la nulidad de la resolución 375 del 11 de abril de 2002 y ordenó reintegrar al demandante al cargo que ocupaba, pagándole los salarios y demás emolumentos dejados de percibir, desde la fecha efectiva de retiro hasta la de reintegro, sin solución de continuidad, siendo ésta, la actividad contratada por concepto de la prestación de servicios profesionales. Que el 31 de julio de 2015 ante la Notaria Tercera del Circulo de Cúcuta, suscribió con la dra Clavijo Pantaleón un contrato de cesión de derecho del contrato de prestación de servicios de abogado, del título ejecutivo de la presente acción, situación jurídica que lo acredita como titular del derecho por reconocimiento de las obligaciones derivadas del vínculo contractual del contrato de mandato por la contratación de los servicios profesionales, que supera la suma de \$457'180.528.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

El demandado contesta la demanda a través de su apoderado judicial aceptando parcialmente algunos hechos y se opuso a todas las pretensiones incoadas en su contra, alegando que el demandante demostró una falta de profesionalismo y compromiso con su labor encomendada, porque abandonó el proceso de defensa de los derechos una vez fue notificado el fallo de segunda instancia del Tribunal Administrativo del Norte de Santander, que la tutela fue impetrada en nombre propio por el demandado Dorian Leandro Sanabria. Propuso como excepciones de fondo, el cobro de lo no debido, la temeridad y la falta de fe, la falta de legitimidad para ceder contratos, intento de fraude procesal y la prescripción civil (sic).

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Tramitada la Litis el juzgado de conocimiento que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia del **15 de noviembre de 2019**, declaró la existencia de una relación laboral a título de prestación de servicios profesionales entre las partes por sustitución del poder al actor, siendo causa el contrato de mandato suscrito con la doctora Astrid Marcela Clavijo Pantaleón desde el 23 de julio de 2002 hasta el 17 de julio de 2012. Declaró de manera oficiosa la excepción de mérito de inexistencia de obligación y condenó en costas procesales al actor y a favor del demandado fijando como agencias en derecho, la suma equivalente a cinco (05) SMMLV para el año 20019.

El Juez A quo sostuvo que el demandante no tiene derecho a cobrar los honorarios profesionales pactados en el contrato de prestación de servicios, ya ue el objeto del “MANDATO” fue tramitar en primera y segunda instancia, el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, decisión que a pesar de que en primera instancia resultó favorable al mandante, fue revocada por el Tribunal Administrativo, quien ordenó archivar el expediente en auto de fecha 17 de julio de 2012, luego entonces, la gestión profesional finalizó sin cumplirse su cometido para hacerse efectiva la cuota litis, porque dicho pago quedó condicionado al éxito del proceso.

Que se acreditó que la decisión de la Corte Constitucional, que dejó sin efectos la sentencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander y dejó en firme la decisión proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circulo Judicial de Cúcuta que declaró la nulidad de la resolución 375 del 11 de abril de 2002, fue producto de una gestión diligente y seria realizada a nombre propio por el demandado, en donde se demostró que el demandante no tenía poder para actuar, por lo que, no es posible reconocerle dicha gestión profesional.

Que el demandante solicitó ante la Policía Nacional el pago del 40% de los honorarios con fundamento en la resolución N.0232 del 2 de marzo de 2018, que en instancia judicial no existe certeza del pago efectivo.

Que el contrato de cesión de derechos suscrito el 31 de julio de 2015 entre la Doctora Astrid Clavijo Pantaleón y el demandante, no tiene valor, no existían derechos litigiosos, porque el mandato que inicialmente suscribió la doctora Clavijo con el aquí demandado finalizó con el archivo del proceso administrativo el día 17 de julio de 2012.

Por último, que no se estudiará la excepción de fondo de prescripción al no existir derecho alguno al favor del demandante.

IV. ARGUMENTOS DE LOS RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia anterior solicitando que se revoque en su totalidad la misma; trae a colación la sentencia SL1813 de 2018 radicación 65552 del 16 de mayo de 2018, suscrita en acta número 17 con magistrado ponente la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, manifestando que el caso es aplicable porque tiene los mismos supuestos de hecho y consecuencia jurídica, la cual se traduce en reconocer el derecho al demandante, ante el cumplimiento de las obligaciones contractuales del mandato, pues su labor encomendada fue ante la jurisdicción contenciosa Administrativa; que si la decisión del señor Dorian Sanabria fue trabajar con otro apoderado en la acción constitucional de tutela, fue para el amparo de sus derechos fundamentales y tal como lo señalada la providencia anterior, *“uno de los requisitos esenciales para que dicho mecanismo constitucional proceda contra provincias judiciales, es que se hayan agotado todos los medios ordinarios de defensa judicial que el ordenamiento jurídico le dispensa, a no ser que la actuación o la omisión del funcionario público del particular que le cause al administrado un perjuicio irremediable, lo cual torna la acción de tutela en un mecanismo de protección excepcional, como acabo de mencionar con antelación”*; y en ese asunto, tal como lo señalo el Juez A quo, los hechos del 1 al 9 están probados, que son: la suscripción y la obligación del acuerdo de voluntades del contrato de mandato objeto de la presente acción, la cesión de contrato en donde existe una aceptación expresa por parte del mandante acá demandado el señor Dorian Leandro Sanabria y el resultado favorable para el señor Dorian Sanabria en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que es distinto al de la acción de tutela que ordena proteger los derechos fundamentales, quien no hace un control o juicio legalidad en contra del acto administrativo, sino por el contrario, aplica un precedente judicial establecido, que satisface el acceso a la administración de justicia.

Que a pesar de que el Juez A quo no se pronunció respecto a la excepción de prescripción presuntamente ante la inexistencia del derecho, en este asunto el derecho se hace exigible con la notificación de sentencia de la acción constitucional de tutela por parte de la Corte Constitucional que lo fue en el mes de enero de 2015 y la demanda ordinaria laboral fue presentada el 22 de agosto de 2017, entonces, la prescripción no operó; de igual forma, que existe un incumplimiento del contrato conforme lo expone la cláusula novena, en donde se le otorga poder expreso al abogado para que adelante los trámites administrativos de cobro de la sentencia judicial, no obstante la doctora Rosa Ismenia en fecha 11 de mayo de 2015 es quien presenta la respectiva reclamación administrativa.

En conclusión, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y *“por consiguiente estudiar la proporcionalidad de la representación judicial, conforme lo establece la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia en sentencia SL1813 de 2018 del 16 de mayo de*

2018, en donde cataloga que tanto la decisión de primera instancia como lo decisión de tutela es una unidad jurídica, pues la coexistencia de las dos son las que satisfacen el derecho de acceso a la administración de justicia, que en la sentencia satisface al mandante, en el caso que nos ocupa el demandado el señor Dorian Leandro Sanabria y por consiguiente condenar en costas a la parte demandada, acceder a las pretensiones de la demanda y conforme también lo expone el precedente judicial, indexar la proporcionalidad de la representación judicial, toda vez que claramente hay un incumplimiento del contrato de mandato, pues la gestión del demandante se encontró acorde y eficazmente desarrollada a partir del acuerdo de voluntades suscrito por las partes.”

V. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

El demandante **CESAR ANDRES CRISTANCHO BERNAL** solicitó revocar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral y en su lugar se disponga la prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda; declarando al efecto probada la existencia del acuerdo de voluntades denominado contrato de mandato, el incumplimiento del contrato por parte del demandado en lo que respecta al pago de los honorarios acordados de acuerdo al éxito de la labor confiada, es decir, la defensa judicial favorable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y por consiguiente, el pago de la condena efectivamente materializado a favor del demandado, tal y como se aprecia en la Resolución No. 0232 de fecha 02 marzo de 2018, en los montos y cifras establecidas y probadas el trámite judicial, cuyos reconocimientos fueron modificados a la luz de la ley 1437 de 2011, sin previo consentimiento del acá demandante, es decir, que si dicha actuación administrativa se surte en beneficio del demandado, se deberán establecer las consecuencias administrativas y punitivas a las que haya lugar con la firmeza de la decisión del Juzgado Laboral.

El demandado **DORIAN LEANDRO SANABRIA FLÓREZ** allegó en segunda instancia, documentación respecto a la incapacidad médica de su apoderado judicial manifestando la imposibilidad de presentar los alegatos de conclusión, por lo que, alegó en nombre propio, circunstancia que en esta instancia no es procedente y se tendrán por no presentados, en primer lugar, porque el poder judicial otorgado permite la sustitución del mismo, actuación que se omitió por parte del togado del demandado, segundo, en vigencia del Decreto 806/2020 las actuaciones en segunda instancia se hacen por escrito, y el apoderado contaba con diez días para presentarlos, y tercero, los alegatos en segunda instancia refuerzan los argumentos del recurso de alzada y ante la inexistencia de éste, el análisis en segunda instancia se circunscribe a determinar la certeza jurídica de la decisión proferida por el Juez A quo y los fundamentos de inconformidad expuestos por el único recurrente que en este caso es el demandante, por lo cual, se ratifica que los

mencionados alegatos presentados por el demandado en nombre propio se tendrán por no presentados.

VI. CONSIDERACIONES

El problema jurídico se reduce en resolver:

Si el demandante Cesar Andrés Cristancho Bernal tiene derecho al reconocimiento y pago de los honorarios profesionales pactados en el contrato de prestación de servicios, suscrito entre el demandado Dorian Leandro Sanabria Flórez y la Dra Marcela Astrid Clavijo Pantaleón, ésta última, quien firmó un contrato de cesión de derechos con la parte activa, tal como lo argumentó en la apelación, o de lo contrario, el objeto del contrato inicial culminó y la cuota litis pactada no existe ante el fracaso del proceso Contencioso Administrativo, amén de verificar la validez del contrato de cesión de derechos suscrito, teniendo en cuenta que el objeto sobre el cual se fundamenta fue archivado en años anteriores.

En este asunto el Juez A quo absolvió al demandado de las pretensiones incoadas por el demandante, determinando que la obligación por el cual se comprometió el mandatario en el contrato de prestación de servicios profesionales, sólo correspondía a las instancias surtidas en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y al despacharse éstas desfavorables a lo pedido, el abogado no tenía derechos sobre los honorarios pactados, dado que la condición de pago estaba sujeta al éxito del proceso.

Así mismo aseguró, que el proceso Contencioso Administrativo, culminó cuando el operador judicial ordenó su archivo mediante auto de fecha 17 de julio de 2012 proferido por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, por lo que, el contrato de cesión de los derechos contenidos en el contrato de mandato suscrito el 31 de julio de 2015, no era válido y no puede ejecutarse con fundamento en un MANDATO inexistente.

El demandante aseguró que la sentencia proferida por la CSJ de radicado SL1813 de 2018 constituye un precedente que soluciona a su favor el conflicto, razones por las cuales, la Sala acudirá a la misma, teniendo presente, las pruebas documentales aportadas por las partes o a solicitud de ellas, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario; así mismo, se tendrá en cuenta los testimonios e interrogatorios recepcionados, en lo pertinente.

Previo a solucionar el problema jurídico, se hace importante señalar que conforme los artículos 2142, 2149 y 2159 del Código Civil, **el contrato de mandato** se define como aquel en el que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, y puede realizarse a través de cualquier medio inteligible, pero cuando, se estipula expresamente y por escrito, las partes quedan obligadas en los precisos términos acordados.

En relación a la remuneración, según el artículo 2143 del C.C., puede ser determinada por la convención de las partes, la Ley y por el Juez, no obstante, el numeral 3 del artículo 2184 del C.C., establece que el mandante está obligado entre otras, a pagarle al mandatario la remuneración estipulada o la usual para los negocios pactados.

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que para obtener el pago de honorarios profesionales, además de acreditar la prestación del servicio, es necesario aportar las pruebas relativas al monto pactado entre las partes al respecto o en su defecto, probar el valor que acostumbran cobrar los abogados en atención a la naturaleza, cantidad, calidad e intensidad u otros aspectos pertinentes relativos a las gestiones cumplidas; remuneración usual que se prueba en los términos del artículo 189 del CPC, vale decir, con apoyo en peritos, testimonios o en documentos, como pueden ser las tarifas definidas, con aprobación del Ministerio de Justicia, por los colegios de abogados respectivos (sentencia CSJ SL11265-2017).

Caso Concreto

Descendiendo al caso concreto que ocupa nuestra atención, dicha remuneración en este caso fue pactada de forma expresa entre las partes aleatoria, conforme a la clausula **SEPTIMA** del contrato visto a folios 1-2., la cual reza de la siguiente manera: ***“HONORARIOS. -El valor del presente contrato es el cuarenta por ciento 40% de la suma total indemniza a favor del CLIENTE, incluyendo intereses que se llegaren a reconocer en el evento que se despachen favorablemente las súplicas de la demanda o si se llegare a un acuerdo conciliatorio. Parágrafo. Los descuentos a que haya lugar por concepto de retención en la fuente y demás erogaciones que se causen a favor del Tesoro Nacional, Departamental o Municipal, serán a cargo del ABOGADO.”***

En este sentido, la remuneración de los honorarios profesionales del abogado demandante, estaba condicionada al éxito de las results en el proceso Contencioso Administrativo derivado de la acción de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL, impetrado contra la resolución No. 0375 de 11 de abril de 2002, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, cuya pretensión era lograr el Reintegro del

señor DORIAN LEANDRO SANABRIA FLORES y el consecuente pago de los salarios y prestaciones y el RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO consistente en el reintegro como miembro de la Policía Nacional y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.

Bajo estas consideraciones, se tiene que el Juzgado Segundo Administrativo del Circulo de Cúcuta mediante sentencia de primera instancia calendada el día 18 de abril de 2008 decidió acceder a las pretensiones del señor Dorian Leandro Sanabria Flórez (fls.8-29) participando en su defensa técnica, el demandante doctor Cesar Andrés Cristancho Bernal a partir del día 11 de Enero del año 2008, providencia que fue revocada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante fallo de segunda instancia de fecha 7 de diciembre de 2011, ordenando el archivo del expediente, materializado el 17 de julio de 2012.

Posteriormente, el demandado Dorian Leandro Sanabria Flórez en nombre propio y sin intervención de apoderado judicial, interpuso acción constitucional de tutela, solicitando revocar el fallo del 07 de diciembre de 2011 y dejar en firme la sentencia de primera instancia emanada del Juzgado Segundo Administrativo el día 18 de abril de 2008, amparo constitucional que fue denegado mediante fallo de primera instancia calendado el día 28 de febrero de 2013 por parte de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, decisión que en segunda instancia, fue conocida por parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado, modificando la decisión en el sentido de declarar la improcedencia de la acción constitucional (fls.89-127).

No obstante lo anterior, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional el día dos (02) de julio de dos mil catorce (2014) (fls.30-42), REVOCÓ la decisión del Consejo de Estado Sección Cuarta y Quinta, y amparó los derechos inculcados por el señor Sanabria Flórez, dejando sin efectos la decisión del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, **quedando en firme la sentencia proferida el día 18 de abril de 2008 por parte del Juzgado Segundo Administrativo del Circulo de Cúcuta** mediante la cual se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar la Nulidad de la Resolución N. 0375 del 11 de abril de 2002 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional por medio de la cual se retiró del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad del Gobierno, a partir del 24 de abril de 2002, al demandante teniente Dorian Leandro Sanabria Flórez...

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se condena a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional a reintegrar al señor Dorian Leandro Sanabria Flórez, al cargo del cual fue retirado mediante Resolución No.0375 del 11 de abril de 2002; de igual forma a pagarle los sueldos y emolumentos legales dejados de percibir desde la fecha del retiro y hasta que se haga efectivo el reintegro...

TERCERO...actualizar las condenas...

CUARTO: Declárese que para todos los efectos no ha existido solución de continuidad en la prestación de servicios por parte del actor..."

En cumplimiento de la orden anterior, el Ministerio de Defensa Nacional mediante Resolución N.0232 del 2 de marzo de 2018 (fls.166-181) dispuso el pago de \$924'522.367,36, reconociendo proporcionalmente las siguientes sumas:

"Artículo 1º.

d) Al señor teniente DORIAM LEANDRO SANABRIA FLÓREZ identificado con la cédula de ciudadanía número 88.213.256 de Cúcuta, la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SETECIENTOS DIECISEIS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (\$331'335.716,40) equivalente al CUARENTA POR CIENTO (40%) asumiendo los descuentos de ley, en la CUENTA DE AHORROS...

e) Al doctor CESAR ANDRES CRISTANCHO BERNAL, identificado con la cédula de ciudadanía número 88.256.775 de Cúcuta y Tarjeta Profesional número 158764...la suma de TRESCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y UN MIL CINCUENTA Y SEIS PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (\$361'261.056,50) equivalente al CUARENTA POR CIENTO (40%) de la suma total indemnizado, al Tesoro Nacional, según lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

d) A la doctora ROSA ISMENIA SERRANO DE RAMÍREZ...la suma de CIENTO OCHENTA MILLONES SEISCIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS (\$180'360.528,26) equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) sin descuentos de ley, en la CUENTA DE AHORROS...

(...)"

En los apartes de la parte motiva de la anterior resolución, se indicó:

"Que el doctor CESAR ANDRES CRISTANCHO BERNAL, identificado con la cédula de ciudadanía número 88.256.775 de Cúcuta y Tarjeta Profesional número 158764..., no presentó cuenta bancaria al momento de presentar la cuenta de cobro, por lo tanto se hace necesario salvaguardar los intereses del estado, girando la suma de TRESCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y UN MIL CINCUENTA Y SEIS PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (\$361'261.056,50) equivalente al CUARENTA POR CIENTO (40%) de la suma total indemnizado, previo los descuentos de ley, al Tesoro Nacional como un acreedor sujeto a devolución sin que éstos generen más intereses, por lo tanto, una vez se allegue la documentación exigida (cuenta bancaria activa), se procederá a realizar el

correspondiente pago mediante otro acto administrativo, teniendo en cuenta el trámite y tiempo estipulado para la cancelación de estos dineros.”

Por lo anterior, el demandante interpuso derecho de petición ante la dirección administrativa y financiera del Ministerio de Defensa-Policía Nacional el 04 de octubre de 2019 (fls.229-230), adjuntado el número de cuenta de la entidad bancaria CITIBANK, obteniendo respuesta a través de Oficio No.S-2019.056971 del 21 de octubre de 2019 en el cual se le informa que: *“...en vista que el nuevo proceso fue llevado a cabo por la Doctora ROSA ISMENIA SERRANO DE RAMIREZ quien fungió como apoderada ante la Corte Constitucional, y según el contrato de mandato autenticado ante la Notaría Tercera del Círculo de Cúcuta el 31 de julio de 2015...le manifiesto al abogado CESAR ANDRES CRISTANCHO BERNAL que cuenta con otras instancias judiciales para proceder a realizar el cobro de las obligaciones dinerarias.”*.

A raíz de dicha respuesta, el actor eleva acción de tutela, dentro de la cual el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circulo de Cúcuta en sentencia de fecha 06 de noviembre de 2019 (fls.237-241) resolvió amparar el derecho fundamental de petición impetrado por el abogado CESAR ANDRES CRISTANCHO BERNAL ordenando a la dirección administrativa y financiera del Ministerio de Defensa-Policía Nacional dar respuesta de fondo a la petición, NEGANDO el reconocimiento y pago del contenido de los honorarios reconocidos a favor del actor en la resolución No.0232 del 2 de marzo de 2018.

De otro lado, a folio 3 se aportó el contrato de *“Cesión de Derechos del contrato de prestación de servicios con abogado”* dentro del proceso radicado No. 2202-1381 de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de Circuito de Nore de Santander y autenticado en la Notaría 3ª del Círculo de Cúcuta, suscrito el 31 de julio de 2015 entre la doctora Astrid Marcela Clavijo Pantaleón en calidad de cedente y el doctor CESAR ANDRES CRISTANCHO BERNAL en calidad de cesionario.

Decisión.

Bajo los anteriores supuestos fácticos, surge que el objeto del conflicto, consistente en determinar si el demandado Sanabria Flórez tiene la obligación de pagar los honorarios profesionales al demandante Cristancho Bernal pactados en el contrato de prestación de servicios profesionales, por lo que, no existe discusión que el OBJETO del MANDATO suscrito entre el señor Dorian Leandro Sanabria Flórez en calidad de mandante y la doctora Astrid Marcela Clavijo Pantaleón el día 23 de julio de 2002 (Fls. 1-2), en la cláusula quinta dispuso: ***“OBLIGACIONES DEL ABOGADO: ...desarrollar y culminar un proceso contencioso administrativo de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL contra***

la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, en donde se solicite la nulidad de la resolución No. 0375 de 11 de abril de 2002, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional en la parte correspondiente al artículo primero que decidió mi retiro del servicio activo de la Policía Nacional y consecuentemente se declare y obtenga el restablecimiento de todos mis derechos en la institución policial, especialmente el reintegro al cargo del cual fue ilegalmente removido...”..

Igualmente, se encuentra cabalmente acreditado que el demandado no le otorgo poder al demandante para que lo representara en la acción de tutela que generó por vía de revisión la firmeza del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cúcuta que Declaro la Nulidad de la Resolución No 0375 del 11 de abril de 2002 y a titulo de restablecimiento del derecho ordeno el reintegro del señor Leandro Sanabria Flórez y el pago de los sueldos y emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro de la Policía Nacional.

En ese orden de ideas, concluye la Sala, que no es acertado el argumento del juzgador de primer nivel, cuando advierte que la gestión profesional adelantada en el trámite contencioso administrativo **finalizó sin cumplirse su cometido para hacer efectiva la cuota litis pactada**, pues nótese que la decisión emanada por la H. Corte Constitucional en vía de revisión fue la de dejar sin efecto la decisión del Tribunal Administrativo de Norte de Santander calendada el día 7 de Diciembre de 2011 , **quedando en firme la sentencia proferida el día 18 de abril de 2008 por parte del Juzgado Segundo Administrativo del Circulo de Cúcuta** mediante la cual se acceden a las pretensiones elevadas dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de la cual se realizó la gestión profesional objeto de la presente regulación de honorarios.

Así las cosas, es claro para la Sala, que la indemnización percibida por el demandando se origina de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida, proceso judicial sin el cual, no era factible acudir a la acción de tutela como mecanismo para revisar las decisiones judiciales proferidas en dicho trámite, complementándose así las dos acciones (contenciosa y constitucional) con el fin de sacar adelante la indemnización reconocida al actor.

Al respecto, tal y como lo advierte el recurrente, es menester dar cabal aplicación al precedente señalado por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, en Sentencia SL 1813 de 2018, donde en un caso de idénticas circunstancias fácticas a las aquí debatidas señalo:

Desde esta perspectiva, surge claro que el fallador de segundo grado no se equivocó al concluir que pese a que en el contrato no se acordó el pago en caso de que la labor fuera infructuosa o en proporción a la gestión realizada, no se podía desconocer la labor que el abogado adelantó en el trámite del procedimiento que se le encomendó ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues «si bien no obtuvo el resultado esperado en ese momento en la segunda instancia constituyó la base para la acción de tutela que decidió confirmar la sentencia de primera instancia (...) que en últimas reconoció el derecho que el actor pretendía».

Entonces, si bien en esta clase de contratos de mandato, es obligación ineludible auscultar y respetar cuál fue el querer primigenio acordado tanto por el poderdante como por aquel que acepta la representación, a qué se comprometió cada uno de ellos, y cuál el monto a recibir por el mandatario en acatamiento de las normas civiles que gobiernan este tipo de acuerdos; lo cierto es que como lo concluyó el Colegiado atacado, en el sub judice existe una circunstancia insoslayable, esto es, que el trámite que llevó a cabo el apoderado fue esencial para obtener el resultado que se logró al amparo de la acción constitucional.

Entonces, independientemente de si hubo o no revocatoria del mandato o si se terminó o no el contrato suscrito por las partes, lo cierto es que la actuación del demandante sirvió de fundamento para que la tutela prosperara y, en ese sentido, tampoco resulta desacertado que el Tribunal concluyera que ambas decisiones –ordinaria y constitucional- se complementaron, pues sin lugar a dudas sin la existencia del trámite de nulidad y restablecimiento del derecho no se habría obtenido el amparo tutelar.

Recuérdese que uno de los requisitos esenciales para que dicho mecanismo constitucional proceda contra providencias judiciales, es que se hayan agotado todos los medios ordinarios de defensa judicial que el ordenamiento jurídico le dispensa, a no ser que con la actuación o la omisión del funcionario público o del particular se le cause al administrado un perjuicio irremediable, lo cual torna la acción de tutela en un mecanismo de protección excepcional.

De otro lado, tampoco le asiste razón al juzgador de primer nivel cuando afirma que el contrato de cesión de derechos suscrito el 31 de julio de 2015 entre la Doctora Astrid Clavijo Pantaleón y el demandante, carece de valor, al no existir ninguna clase de derechos litigiosos, argumentando que el mandato que inicialmente suscribió la doctora Clavijo con el aquí demandado finalizó con el archivo del proceso administrativo el día 17 de julio de 2012, pues nótese como la suscripción de dicho contrato, es posterior a la sentencia de tutela emanada de la H. Corte Constitucional por vía de revisión de fecha dos (02) de julio de dos mil catorce (2014), a través de la cual, logró firmeza **la sentencia de primera instancia proferida el día 18 de abril de 2008 por parte del Juzgado Segundo Administrativo del Circulo de Cúcuta**, mediante la cual se ordena el reintegro del actor y el pago los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, tramite contencioso administrativo dentro del cual, como ya se explicó, se generan los derechos litigiosos objeto del aludido contrato, asistiéndole así plena legitimación por activa al Dr. CESAR ANDRES CRISTANCHO BERNAL, para incoar la presente demanda ordinaria laboral.

En consecuencia, esta Sala considera acertados los argumentos sostenidos por el demandante para dar aplicación a la sentencia atrás analizada, en el sentido que el doctor CESAR ANDRÉS CRISTANCHO BERNAL tiene derecho al reconocimiento y pago de los honorarios profesionales derivados del proceso contencioso administrativo Rad. 2002-01831, promovido por el señor DORIAN LEANDRO SANABRIA FLORES, los cuales se procederán a fijar, previo análisis de la excepción de prescripción formulada por la pasiva.

Prescripción.

El Juez A quo sostiene que las obligaciones contempladas en el contrato de mandato suscrito entre el demandante en calidad de sustituto de la apoderada principal y el demandado, finalizó con el archivo del expediente ordenado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante auto de fecha 17 de julio de 2012, sin embargo, conforme a lo analizado en precedencia, con la sentencia proferida por la Honorable Corte Constitucional T-424 del 2 de julio de 2014, que AMPARÓ los derechos incoados por el señor Sanabria Flórez y DEJÓ SIN EFECTOS la decisión del Tribunal Administrativo de Norte de Santander y DEJÓ EN FIRME la decisión proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circulo de Cúcuta mediante providencia del 18 de abril de 2008, por lo que los términos para hacer efectiva la condena impuesta en primera instancia, reviven, teniéndose entonces, como fecha inicial de la exigibilidad del derecho a reclamar los honorarios pactados, la ejecutoria de dicho proveído, en este caso, la sentencia quedo debidamente ejecutoriada en el Juzgado de origen, **el día 12 de febrero de 2015.**

Entonces, como se explicó, para el 12 de febrero de 2015, se hace exigible el derecho de reclamar los honorarios profesionales derivados de la gestión adelantada ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida, teniendo como fecha final para el reconocimiento de sus derechos el día 12 de febrero de 2018; de tal suerte y con base en el contrato de “*Cesión de Derechos del contrato de prestación de servicios con abogado*” suscrito el 31 de julio de 2015 entre la doctora Clavijo Pantaleón en calidad de cedente y el doctor CESAR ANDRÉS CRISTANCHO BERNAL en calidad de cesionario, se advierte que la demanda promovida por este último data según el acta de reparto del día 18 de julio de 2017 (fl.55), en consecuencia, el derecho a reclamar los honorarios profesionales no estuvo afectado del fenómeno prescriptivo de la acción judicial.

Fijación del monto de honorarios.

Sobre el particular, y si bien conforme a la cláusula séptima del contrato de mandato allegado, los honorarios pactados equivalen al 40% de la suma total indemnizada a favor del cliente, como se explicó, teniendo como fundamento lo dispuesto en la Sentencia SL 1813 de 2018, emanada de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, y concluyéndose aquí que las actuaciones realizadas en instancia contenciosa administrativa y por vía de tutela en la Jurisdicción constitucional tienen igual valor jurídico, la proporcionalidad de dichos trámites deben guardar un equilibrio sustancial para cuantificar el valor de los honorarios causados, derivados de la gestión realizada dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho formulada, pues no se puede desconocer que, sin la insistencia del demandado en presentar la pertinente acción de tutela en nombre propio, sus pretensiones no hubiesen prosperado por vía administrativa.

En ese orden de ideas, considera la Sala, razonable y proporcionado, conforme a las consideraciones atrás expuestas, reconocer a favor del demandante el pago de honorarios en una suma equivalente al 20% de la indemnización derivada del reintegro del demandando, la cual conforme a la Resolución No 0232 del 2 de Marzo de 2018 emanada del Ministerio de Defensa Nacional, asciende a un valor de \$924'522.367,36, para un total de CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$184'904.473.00).

Al respecto, en la aludida Sentencia SL 1813/2018, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ, señaló:

Sin embargo, esta Corte considera que el Tribunal sí erró al momento de establecer la proporción de los honorarios al reconocer al accionante el 30% de lo efectivamente obtenido, cuando los pactados ascendieron al 35% de aquello.

Lo anterior, toda vez que pese a afirmar que la decisión de primer grado proferida dentro del proceso contencioso -que ordenó el reintegro del demandado y el consecuente pago de lo adeudado- y la sentencia de tutela fueron complementarias, es decir, que sin la una no existía la otra, y afirmar que cada providencia tenía igual nivel de relevancia en la obtención del resultado final, impuso el pago de los honorarios en cuantía equivalente al 85.71% del 100% de los convenidos, esto es, se repite, el 30% de los valores recibidos frente al 35% pactado en el contrato.

Lo visto, significa que se equivocó el ad quem al otorgarle al proceso de nulidad y restablecimiento mayor importancia que al trámite tutelar, cuando, se repite, previamente consignó que los fallos se complementaron. En consecuencia, hay lugar a casar la sentencia impugnada, en cuanto impuso el pago de honorarios en cuantía del 30% por valor de \$318.133.832.

Y al descender como Juez de instancia concluyo:

En esa dirección, y como ambas decisiones tuvieron un mismo nivel de importancia, la proporción del pago de honorarios a favor del demandante procede en un 50% del 35% que se pactó en el contrato de mandato, esto es, en un 17.5% de lo «efectivamente obtenido por razón de la gestión profesional encomendada», sin que tenga incidencia lo expuesto por el accionado en cuanto a que del total recibido por Fernando Niño -\$1.060.446.88- se efectuaron deducciones que le hicieron al momento de la cancelación como fueron los aportes a seguridad social y las retenciones, para una suma líquida de \$405.000.000.

Así las cosas, el problema jurídico quedará resuelto en forma favorable al demandante, por lo que, esta Sala **RECOVARÁ** en todas sus partes, la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 17 de febrero de 2020 y en su lugar, se **CONDENARÁ** al demandado DORIAM LEANDRO SANABRIA FLÓREZ al reconocimiento y pago de los

honorarios profesionales a favor del demandante CESAR ANDRÉS CRISTANCHO BERNAL fijándolos en la suma equivalente al 20% de la indemnización derivada del reintegro del demandando, la cual conforme a la Resolución No 0232 del 2 de Marzo de 2018 emanada del Ministerio de Defensa Nacional, asciende a un valor de \$924'522.367,36, para un total de CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$184'904.473.00).

Se DECLARARÁN no probadas las excepciones propuestas por el demandado.

Se condenará en costas procesales al demandado DORIAM LEANDRO SANABRIA FLÓREZ en primera y segunda instancia según lo establece el numeral 4º del art. 365 del CGP, fijando como agencias en derecho de segunda instancia la suma de 1SMMLV equivalente a \$908.526.00 a cargo del demandado y a favor del demandante, conforme a lo previsto en el Acuerdo PSAA16-10554 del 2016 emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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,

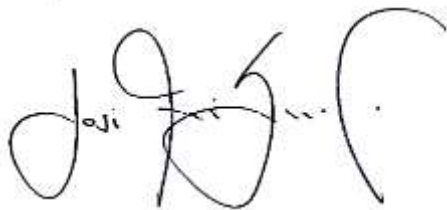
VII. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su totalidad, la sentencia apelada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 17 de febrero de 2020 y en su lugar, **CONDENAR** al demandado DORIAM LEANDRO SANABRIA FLÓREZ al reconocimiento y pago de los honorarios profesionales a favor del demandante CESAR ANDRÉS CRISTANCHO BERNAL en la suma de CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$184'904.473.00), conforme a lo advertido en la anterior motivación.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por el demandado Dorian Leandro Sanabria.

TERCERO: CONDENAR en costas de primera y segunda instancia al demandante y fijar como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$908.526.00 a cargo del demandado y a favor del demandante, conforme a lo previsto en el Acuerdo PSAA16-10554 del 2016 emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 056, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 03 de junio 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: 54-498-31-05-001-2019-00303-00

Partida Tribunal: 19351

Juzgado: Único Laboral del Circuito de Ocaña

Demandante: Alberto Roperó Pabón

Demandada (o): E.S.E. HOSPITAL EMIRO QUINTERO CAÑIZARES DE OCAÑA

Tema: Nivelación Salarial

Asunto: Consulta.

San José de Cúcuta, primero (01) de junio 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 Único Laboral del Circuito de Ocaña, el día 21 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-498-31-05-001-2019-00303-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 19.351 promovida ALBERTO ROPERÓ PABÓN en contra de LA E.S.E. HOSPITAL EMIRO QUINTERO CAÑIZARES DE OCAÑA.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que la demandada nivele el sueldo devengado igual al trabajador Nilson Yesid Espinoza Carvajalino por cuanto ambos tienen el mismo cargo TECNICO OPERATIVOS DE MANTENIMIENTO. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar los dineros no cancelados con retroactividad desde el 1º de abril de 2014 hasta la fecha y demás prestaciones sociales indexadas, al uso de las facultades extra y ultra petita y al pago de las costas procesales.

II. HECHOS

El demandante sustenta las pretensiones en que, es trabajador oficial de la ESE HOSPITAL EMIRO QUINTERO CAÑIZARES desde el 28 de octubre de 1991 en el cargo de técnico operativo de mantenimiento; que tanto él como su compañero Nilson Yesid Espinoza Carvajalino ingresaron por concurso de méritos el 28 de octubre de 1991; que su compañero devenga un salario de \$2.412.188 y él devenga un salario de \$1.924.524; que desde el 1º de abril de 2014 a su compañero le aumentaron el sueldo en \$446.407.00 sin recibir la misma prestación; que ambos desempeñan los mismo cargos y realizan las mismas funciones, consistentes en el mantenimiento preventivo de los

equipos biométricos y hospitalarios que posee el hospital, y el mantenimiento correctivo. Que él es grado 17 y su compañero grado 16, que cumplen las mismas horas e iguales tareas; que la demandada negó la petición en la respuesta a la reclamación administrativa.

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, no existe entre el actor y el señor Alberto Roperó Pabón igualdad de funciones, requisitos para ocupar los cargos, títulos obtenidos y responsabilidades, toda vez que la diferencia salarial obedece a la necesidad del servicio en razones de modernización y justificaciones en estudios técnicos debidamente aprobados mediante acuerdo No.05 del 03 de julio de 2013 por la Junta Directiva de la ESE HEQC y la Ley 909 del 2004 y Decreto 1227 de 2005. Propuso como excepciones de fondo la ineptitud de la demanda por inexistencia de igualdad en funciones, inconducencia de pruebas testimoniales, inexistencia de elementos que configuren una nivelación salarial y la prescripción.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Único Laboral del Circuito de Ocaña, en sentencia de fecha 21 de mayo de 2021, resolvió absolver a la demandada ESE HEQC de Ocaña de todas las pretensiones incoadas en su contra por considerar probada la excepción de fondo de inexistencia de elementos que configuran la nivelación salarial.

Sostuvo el Juez A quo que, de las pruebas obrantes al plenario y las declaraciones rendidas en audiencia, que entre el demandante y el señor Nilson Yesid existen diferencias en cuanto a la formación académica, el primero tiene grado de técnico mientras que el segundo es ingeniero; respecto a las funciones desempeñadas, también se encontraron diferencias, según la declaración del mismo demandante, quien aseguró que su compañero Nilson se encargaba de realizar el mantenimiento de equipos más especializados, quien también tiene un mayor grado de responsabilidad, por lo que, encontró probado la excepción de mérito denominada inexistencia de elementos que configuren el nivel salarial, en el entendido que “...las diferenciaciones o similitudes no pueden realizarse sobre el nombre o nomenclatura de un cargo, sino con las funciones diarias de la realidad...”, fundamentado en las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral de radicados 68341 del 2021, 6570/2015. 16217/14, y 58879/2019.

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 surtir el grado jurisdiccional de consulta teniendo presente lo previsto en el inciso 2º del artículo 69 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la ley 1149 de 2007, por ser desfavorable a las pretensiones del demandante y no haberse interpuesto recurso de apelación contra la decisión.

El problema jurídico que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si es procedente acceder a la nivelación salarial solicitada en la demanda, o por el contrario, de acuerdo con la valoración de las pruebas, se demostró que existen diferencias objetivas entre el demandante y el otro trabajador en cuanto a formación académica, funciones y responsabilidades según lo argumentado por el Juez A quo.

En el sub-examine se encuentra plenamente acreditada la existencia de una relación laboral entre las partes en conflicto, a través de un acto legal y reglamentario Resolución 2507 del 02 de diciembre del 1991 (fls. 65 PDF1) en el que el actor ALBERTO ROPERO PABÓN ejerce como trabajador oficial en el cargo de técnico operativo código 314 grado 17, con asignación salarial de \$2.133.719 de la E.S.E. H.E.Q.C. desde el 06 de diciembre de 1991 (fl.59 PDF1). Igualmente, se demostró que el señor NILSON YECID ESPINOZA CARVAJALINO fue vinculado con la ESE desde el 20 de agosto de 1993 en el cargo de TECNICO OPERATIVO código 314 grado 16, asignación salarial \$2.674.391 (PDF 1 Fl.28), quien ingresó mediante concurso con posesión mediante resolución No.1336 del 18 de agosto de 1993 para desempeñar el cargo de jefe de mantenimiento.

En ese orden de ideas, la problemática que plantea la parte demandante es que, no obstante, a que el actor desempeña una actividad con idéntica nominación a la de su compañero Nilson Yecid Espinosa, este percibe una remuneración superior, tal y como se encuentra acreditado dentro del proceso, circunstancia que a juicio del demandante obedece a razones desiguales, de inequidad, las cuales deben ser analizadas en el proceso.

Nivelación Salarial: Trabajo Igual salario igual.

El principio «a trabajo igual salario igual», cuya aplicación se solicita en este caso, encuentra su fundamentación legal en el artículo 143 del CST, en el cual se establece lo siguiente:

Artículo 143. A trabajo de igual valor, salario igual.

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y **condiciones de eficiencia** también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.
2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.
3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado **hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación**.

Este último numeral fue introducido por la Ley 1496 de 2011, la cual modifica algunos artículos del CST y tiene como objeto, según su artículo 1º: *garantizar la igualdad salarial y de cualquier forma de retribución laboral entre mujeres y hombres, fijar los mecanismos que permitan que dicha igualdad sea real y efectiva tanto en el sector público como en el privado y establecer los lineamientos generales que permitan erradicar cualquier forma discriminatoria en materia de retribución laboral*. La disposición que fue introducida al artículo aludido asigna explícitamente al empleador la carga de probar los factores objetivos de diferenciación en materia retributiva. Si se demuestra un trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, y el empleador no logra justificarlo, procede la nivelación salarial en favor del trabajador.

En desarrollo de dicho principio, la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia Rad. No. 45.830 de fecha 26 de noviembre de 2014 con Magistrado Ponente Dr. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE manifestó lo siguiente:

«B. Los criterios de valoración para determinar un trato igualitario

Ha de darse un tratamiento igual (en beneficios o cargas), cuando dos entes u objetos compartan uno o varios elementos comunes, con base en los cuales se predique su igualdad. Al respecto, esta Sala, en sentencia de anulación del 4 de diciembre de 2012, Rad. 55501, se expresó así:

(...) En otras palabras, la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, exige tratamiento igualitario en materias salariales y prestacionales para los trabajadores dentro de un mismo contexto laboral, cuando los trabajadores se encuentren en igualdad de condiciones.

Lo anterior quiere decir que no son admisibles tratos diferenciados en temas salariales, prestacionales, en oportunidades de promoción, en seguridad y salud ocupacionales, en formación, etc., cuando esos tratos se basen en motivos irrelevantes –o sea, no objetivos-, pues en tales casos el trato será discriminatorio.

Por el contrario, no se atentará contra el principio de igualdad y no discriminación, cuando a cierta persona o colectivo de personas se otorgue un trato diferente, pero basado en motivos razonables y legítimos, o relevantes (por ejemplo, una remuneración mayor para quienes tengan más altos niveles de responsabilidad, o con mejor productividad, etc.; o determinados beneficios o auxilios familiares para quienes tengan específicas o mayores responsabilidades en ese campo, etc.)»

Sobre el mismo tema, la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL17462 proferida por la Sala de Casación Laboral de fecha 10 de diciembre de 2014 con Magistrado Ponente Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve en lo pertinente se señaló:

«Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia.

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

Con respecto a las condiciones que deben existir para la aplicación imperativa de las garantías derivadas del principio ya mencionado, la Corte, en su sentencia SL17063-2017, manifestó que «se debe desempeñar el mismo puesto no solo en condiciones de eficiencia iguales, sino observando otros ingredientes de comparación que deben ser demostrados en el juicio, tales como la capacitación o capacidad profesional o técnica, antigüedad, experiencia, idénticas funciones, el mismo grado de responsabilidad laboral, entre otros aspectos».

Bajo este panorama, es claro que existe dentro del ordenamiento jurídico un derecho a que todo trabajador sea tratado justa y equitativamente por su empleador y, por ende, a que éste respete la dignidad que le asiste como persona, por lo que, resulta indiscutible que en cualquier relación de trabajo, no se puede dejar en manos del mismo empleador, la posibilidad de que éste desarrolle criterios subjetivos, amañados y caprichosos que pretendan justificar un trato discriminatorio entre trabajadores que desarrollan la misma actividad; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el principio de igualdad se traduce en el derecho a que no se configuren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, lo que prohíbe que los empleadores puedan establecer condiciones desiguales para situaciones iguales y viceversa, salvo que medie justificación razonable, esto es, que a la luz de los mismos principios, valores y derechos consagrados en la Carta Política, resulte siendo admisible.

De manera que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada una de las situaciones según las diferencias en que se encuentren los sujetos. La que consagra el artículo 13 de la C.P. tiene una concepción objetiva y no formal, puesto que se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia

entre los desiguales, esto es, autoriza un trato diferente si este es razonablemente justificado.

De otro lado, en sentencia SL14349 del 9 de agosto de 2017 M.P. Dr. Fernando Castillo Cadena, respecto a los servidores públicos señaló:

En el ámbito del derecho público, los cargos oficiales están previstos en las concernientes plantas de personal y deben contar con una reserva presupuestal que respalde la cancelación de la respectiva remuneración; de otra parte, para acceder a ellos se imponen procedimientos y requisitos establecidos legalmente; de allí que sin interesar los títulos, la experiencia, competencia u otros aspectos que en particular exhiba cada servidor, éstos deberán devengar la misma retribución salarial establecida para cada cargo, lo cual ordinariamente ocurre a través de actos administrativos; aunque no se puede excluir radicalmente la aplicación del principio conocido como «*trabajo igual, salario igual*», en los eventos en que los propios actos reguladores de las condiciones y formas de contratación exijan características personales que los diferencien.

Caso en Concreto.

Pues bien, procede la Sala a estudiar de manera objetiva los medios probatorios aportados y practicados, con el fin de establecer si existe entre los dos trabajadores, igualdad en el trabajo realizado.

En este sentido, tanto el demandante como su compañero Nilson Espinosa se encuentran vinculados a la entidad demandada en el cargo de TECNICO OPERATIVO, sin embargo, el demandante Alberto Roperó pertenece según la planta de persona, al CÓDIGO 314 GRADO 17 devengando un salario de \$2.133.719 y el señor Nilson Espinosa al CÓDIGO 314 GRADO 16 con salario de \$2.674.391.

A folios 69 y 70 PDF 1, se aportan los requisitos académicos y de experiencia para el **nivel técnico operativo**, para el grado 17 la exigencia en el título de formación académica es de técnico o tecnólogo en electromecánica o de obras civiles y el grado 16 inscrito por su compañero Nilson Espinosa, se especifica que debe ser técnico o tecnólogo en electromecánica o en el área biomecánica.

Al revisar las funciones determinadas para cada cargo (fls.69-70), se observa que el trabajador Nilson Espinosa, realiza adicionalmente a las actividades similares a las del demandante, la capacitación al personal médico, enfermeras y auxiliares en el manejo del equipo biomédico, realiza actividades de supervisión del equipo a su cargo y presentar informes.

A folios 107 y 108 PDF1, se aportaron los diplomas de los trabajadores, en el que, se constata que el actor recibió el título de tecnólogo en obras civiles en

el año 1985 y el señor Nilson Espinosa para el año 2000 se graduó de Ingeniero en Mantenimiento Industrial y Hospitalario.

A folios 71-74 se allegó el Acuerdo No.05 del 13 de julio de 2013 expedido por la ESE HEQC junto con el Departamento Norte de Santander, donde se modifica la planta de personal y se realiza un ajuste del grado salarial de unos empleos; en las justificaciones de tal modificación (fls.75-106 PDF1), se estableció que el grado 16 pasa a grado 18, con el fin de ejecutar labores técnicas en el desarrollo y control de actividades de mantenimiento de la empresa, trabajadores que deberán tener conocimiento en el mantenimiento preventivo de equipos médicos e industriales, normatividad vigente de la ECRI, guías de manejo de los equipos médico industrial, sistema de clasificación y normas sobre planes de mantenimiento.

En cuanto a las declaraciones rendidas, se destaca la señora **Elida Roza Sepúlveda Martínez** quien aseguró bajo la gravedad de juramento que trabajó en la ESE demandada hasta el 2009, pensionándose en dicha entidad, que conoció al demandante, que estuvo encargada de vigilar los permisos de todo el personal de mantenimiento en el cargo de jefe de suministros, que conoció al ingeniero Nilson Espinosa, sostuvo que los cargos en los que se desempeñaban se diferenciaban en que al ingeniero Nilson tenía como más responsabilidades *en el sentido de unos equipos de más alta complejidad, más alta gama; pero generalmente eran muy parecidos las funciones*; aseguró que Nilson era el coordinador del grupo y después seguía ella, ante cualquier permiso o faltas que cometieran, que el jefe de personal era el superior del señor Nilson.

La señora **Janeth Dolores Angarita Pineda** manifestó que trabaja con la demandada desde hace 22 años y hace 11 años es la secretaria del área de mantenimiento, asegura que el demandante se encarga del mantenimiento de los equipos de baja y media complejidad y tiene formación técnica y el señor Nilson Espinosa del mantenimiento de los equipos biomédicos de alta complejidad y es ingeniero; que éste último estuvo por un tiempo de coordinador, pero luego llegó la Ingeniera Laura Pita quien es la jefe.

Por su parte, el señor **Nilson Yecid Espinosa Carvajalino** manifestó bajo la gravedad de juramento que, obtuvo el título de ingeniero en mantenimiento industrial y hospitalario en el año 2000, aseguró que Alberto Roperó Pabón es compañero de trabajo, sin embargo, aseveró que éste no realiza las mismas funciones, ya que, en su condición de ingeniero le corresponden el mantenimiento de equipos médicos de altos grados de complejidad, que no tiene conocimiento de la cantidad de equipos médicos que le corresponden al demandante revisar, no obstante, sostiene que de la clasificación de complejidad desde el nivel 2B hacia delante le corresponden a él por su formación académica en ingeniería. Aseguró que se vinculó a la ESE HEQC desde el año 1993 en el cargo de jefe de mantenimiento, que fue por espacio de dos años coordinador en los años 2013-2014; que concursó para el cargo de coordinador del área de servicio técnico en el 2015 o 2016; que el cargo actual es de TECNICO OPERATIVO DE MANTENIMIENTO, cree que el actor

ostenta igual cargo, pero no esta seguro; que no tiene conocimiento sobre las funciones que ejerce el demandante, sin embargo, dice que algunas veces le colabora pero no en los equipos de alta gama; adicionalmente, se encarga de realizar capacitaciones del equipo biomédico al personal, entrenamientos, realiza el correctivo, preventivo de los equipos biomédicos de clase 1 hasta la clase 3 y énfasis en los equipos de clasificación 2B en adelante: la máquina de anestesia, los ventiladores que se necesitan para la UCI en momentos de COVID, equipos de rayos X, *o sea equipos de alta gama.*

Sostuvo que, durante los años laborados, su trabajo ha variado, porque debe realizar tanto actividades administrativas de entrega de informes, que actualmente se encarga la ingeniera coordinadora y también tiene que realizar actividades operativas como el mantenimiento de los equipos de alta gama.

La señora **Norma Constanza Gallardo Orjuela** manifestó bajo la gravedad de juramente que es ingeniera industrial, especialista en gestión para el desarrollo empresarial, trabaja para la demandada desde el 2001 en el cargo de profesional universitaria de talento humano, sostuvo que el cargo desempeñado por Alberto Roperó y Nilson Espinosa son diferentes en cuanto a los requisitos académicos y las funciones ejercidas; que las actividades están detalladas en el manual de funciones; aseveró que a pesar de que los dos trabajadores tienen el mismo cargo de TECNICOS, las asignaciones salariales son diferentes porque dependen del grado y código establecido, exigencias dispuestas en el Decreto 785..*porque el perfil del cargo es diferente, en uno se exige que tenga estudios de nivel profesional y en el otro que tenga estudio de nivel técnico, a pesar de que ambos son del cargo denominado técnico operativo.*

Afirmó que el coordinador de mantenimiento estuvo contratado mediante prestación de servicios anteriormente era el ingeniero Darío Gómez, y a partir del año 2021 es la ingeniera Laura Pita y esta contratada mediante una cooperativa de trabajo; manifestó que la ingeniera Laura es quien conoce a detalle las funciones ejercidas por cada trabajador de mantenimiento; que las diferencias para el departamento de talento humano es que, el ingeniero Nilson es nivel profesional y el trabajador Alberto Roperó es técnico; el primero realiza reparaciones de equipos biomédicos de alta tecnología, el otro hace reparación de equipos biomédicos pero no en la misma alta tecnología sino biomédicos; el ingeniero Nilson hace todo lo que tiene que ver con la parte de capacitaciones tanto del personal de enfermería, el personal de mantenimiento como tal, adicionalmente, también tiene algunas otras funciones como por ejemplo las capacitaciones, con relación a los equipos, rinde informes, incluso los informes que pide el Instituto Departamental de Salud, *ellos requieren una categorización que es cuando en todas las visitas del IDS o del ministerio nos piden cuál es el certificado, el aval que tiene el ingeniero para la reparación de los equipos de alta tecnología y para eso está contemplado dentro del manual de funciones al ingeniero Nilson Espinosa.*

El demandante **Albero Roperó Pabón** bajo la gravedad de juramento manifestó que, es tecnólogo en obras civiles desde el año 1985, terminó en el Sena como técnico en instalación de redes y mantenimiento de equipos, que tiene cursos avanzados en electrónica básica I, electrónica básica II, electrónica análoga, transformadores, que estudió 13 años en el Sena en la noche. Que desempeña el cargo de técnico operativo de mantenimiento en la empresa demandada; que trabaja con equipos biomédicos de mediana categoría, más o menos 809 equipos, con las ambulancias, los puestos y centros de salud y el hospital y actualmente las camas eléctricas, los equipos odontológicos, los microscopios. Aseguró que su compañero Nilson Espinosa también trabaja con equipos médicos y biomédicos, que tiene a su cargo equipos de alta gama, porque se especializó en eso, que el Hospital lo envió a estudiar y a él no, que maneja igualmente, los monitores, equipos de anestesia, los ventiladores mecánicos. Aseveró que, en cantidad, él maneja más equipos, pero su compañero maneja unos equipos que él no conoce.

Afirmó que su compañero Nilson fue nombrado como técnico de mantenimiento y lo encargaron para supervisar y hacer los presupuestos, después nombraron a la ingeniera Laura Pita que es la jefe encargada del mantenimiento. Que ha tenido como jefes al ingeniero Daría Gómez, la ingeniera Laura Pita y la jefe de recursos humano la señora Norma.

Sostiene que la Ingeniera Laura es quien se encarga de organizar el cronograma de los mantenimientos preventivos, que le asignó ir a los pueblos para realizar los mantenimientos mensualmente, que Nilson no viaja a los pueblos.

Aseveró que a Nilson lo enviaron Medellín a unos seminarios sobre equipos biomédicos de alta complejidad como los ventiladores mecánicos o los equipos de anestesia, se especializó también en autoclave, que él también maneja autoclave, pero de mediana categoría, no las del hospital, porque eso ya son mecánicas, esos son equipos mecánicos y agua y vapor.

Que cuando se realiza el manteniendo correctivo de equipos de alta gama se envía a Bogotá o se trae el técnico de Bogotá o de Medellín o Bucaramanga esa es la diferencia; que Nilson maneja equipos más grandes, más sofisticados de alta gama; insiste en que él tiene a su cargo más equipos biomédicos, pero de mediana y baja categoría.

Valoración Probatoria

En este orden de ideas, y acorde con las pruebas analizadas en precedencia, de ellas no se colige el trato discriminatorio en que funda el demandante su reclamación con respecto a su compañero Nilson Espinosa, pues a pesar de la similitud en el nombre del cargo ejercido de TECNICO OPERATIVO DE MANTENIMIENTO, la empresa demandada ESE HEQC demostró que la

modificación en la planta de personal y el reajuste del grado salarial, GRADO 18 antes 17 que ostenta el trabajador Nilson Espinosa, se fundamentó en la exigencia en cuanto a la formación académica, **porque mientras que el actor es nivel técnico o tecnólogo, su par es profesional en ingeniería**; además, existe una diferencia en las funciones ejercidas, pues mientras el ingeniero se encarga del mantenimiento de los equipos de alta complejidad médica, el demandante, a pesar de insistir en la cantidad de máquinas a su cargo, realiza labores de mantenimiento de equipos de baja y mediana complejidad, tal y como lo aseveró en el interrogatorio de parte absuelto, diferencias laborales que se pronuncian aún más, si en cuenta se tiene que el señor Nilson Espinosa, ostenta mayores responsabilidades en el ejercicio de su actividad toda vez que es su obligación realizar capacitaciones al personal médico de la institución junto con sus respectivos informes, lo cual no es desarrollado por el actor..

Lo anterior, permite inferir, la existencia de justificaciones objetivas y razonables que en la realidad, no demuestran que ambos trabajadores ejecutaran las mismas funciones desde el 2013, cuando la demandada decide modificar la asignación salarial del señor Nilson Espinosa conforme al reajuste del grado salarial del empleo, demostrándose factores tales como la formación académica que permite ese trato desigual, o de actividades de alta complejidad desempeñadas por Nilson Espinosa y la ejecución de las mismas, que en ningún momento se probó que el demandante ejecutara dichas labores, para recibir el mismo trato salarial.

Así las cosas, y conforme a los elementos de juicio allegados, es claro concluir que en el sub-examine la parte demandada cumplió con la carga probatoria en demostrar la existencia de un trato desigual, fundamentado en razones objetivas de diferencias en formación académica, funciones de alta complejidad y actividades adicionales que justifican la diferencia salarial entre los trabajadores; razón por la cual, los argumentos expuestos por el Juez A quo son acertados, de tal suerte que no podría entonces darse aplicación al contenido del art. 143 del C.S.T., como lo pretende la activa, conllevando esto a la absolución de la demandada de las peticiones de la demanda, en consecuencia, se CONFIRMARÁ en todas sus partes la sentencia proferida por el Juez Único Laboral del Circuito de Ocaña el 21 de mayo de 2021.

No se condenará en costas de segunda instancia al surtirse el grado jurisdiccional de consulta que opera de pleno derecho.

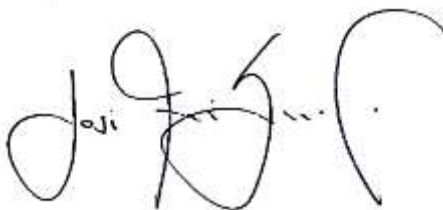
En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad, la sentencia del 21 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Único Laboral el Circuito de Ocaña, por las razones expuestas en la parte motiva.

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. 056, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 03 de junio de 2022.



Secretario