

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: 54001-31-05-001-2019-00455-00

Partida Tribunal: 19239

Juzgado: Primero Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: BRIDEN YOHEL FLOREZ PEREZ

Demandada (o): JUAN CARLOS ARIAS PRATO

e INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES

S.A.S

Tema: Contrato de Trabajo

Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, nueve (09) de junio de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida el día 11 de febrero de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2019-00455-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 19239 promovido por el señor BRIDEN YOHEL FLOREZ PEREZ en contra del señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO como propietario del establecimiento de comercio MR. ROASTBEEF y de INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S.

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 demanda ordinaria laboral en contra del señor DORIEN YOHEL FLOREZ PEREZ en contra del señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO como propietario del establecimiento de comercio MR. ROASTBEEF pretendiendo que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido desde 01 de junio de 2017 y el 31 de agosto de 2018 y, en consecuencia, se condene a la pasiva al pago de las prestaciones sociales y las vacaciones causadas durante dicho contrato, las horas extra y recargos, los aportes al sistema de seguridad social integral, las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST, y la del Decreto 1072 de 2015 por el no pago de los intereses a las cesantías, la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; así mismo, demandó a INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S. solicitando que se declare que actuaba como un simple intermediario.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 18 a 20 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que celebró un contrato verbal de trabajo a término indefinido con la EMPRESA DE SERVICIOS Y SUMINISTROS UNIÓN LABORAL SAS hoy INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES SAS, según consta en certificaciones laborales del 18 de octubre de 2017 y del 29 de agosto de 2018 para el cargo de mensajero, con una jornada de 11 am a 2 pm y de 7 pm a 12 am, y posteriormente a partir del 01 de junio de 2018 fue modificada desde las 11 am hasta las 3 pm y de 6 pm a 2 am., con un salario básico de \$1.200.000.
2. Que prestaba sus servicios en el establecimiento de comercio MR. ROASTBEEF de propiedad de JUAN CARLOS ARIAS PRATO, quien le hacía llamados de atención, era quien pagaba mensualmente y en efectivo su salario.
3. Que el señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO terminó sin justa causa el contrato de trabajo el día 31 de agosto de 2018.

III. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Notificado de la admisión de la demanda presentada en su contra, el señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO dio formal contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones, indicando que el demandante nunca prestó sus servicios en el establecimiento de comercio de su propiedad, MR ROASTBEEF; informó igualmente que entre él y la empresa INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES nunca ha existido ningún tipo de contrato.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS, PRESCRIPCIÓN y BUENA FE.

Por su parte, la empresa INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S. aceptó que el demandante prestó sus servicios a su favor, siendo su empleadora, desde el 18 al 30 de octubre de 2017 y entre el 01 de junio y el 30 de agosto de 2018; que se desempeñaba como mensajero de diferentes establecimientos de comercio en el momento en que estos lo solicitaran, no habiéndolo realizado nunca a favor del señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 30 de julio de 2020, resolvió

declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la empresa INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES, S.A., entre el 01 de junio y el 29 de agosto de 2018, condenando a esta última al pago de prestaciones sociales, a la sanción por no consignación de las cesantías, a la indemnización moratoria del artículo 65 CST, al reajuste de las cotizaciones en pensión teniendo en cuenta el salario real devengado.

VI. RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en su contra, solicitando que se modifique el numeral primero en el sentido que se declare que la relación laboral existió entre el demandante y el señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO en los extremos laborales del primero de agosto del 2017 al 31 de agosto del 2018, declarándose como simple intermediario a la empresa INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S. y por tanto sea a aquel a quien se le impongan las condenas resueltas y se declare solidariamente responsable a un INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S.

Indicó que el juez de primera instancia no valoró en debida forma la prueba documental de las certificaciones laborales emitidas por Innoovo soluciones empresariales, resaltando que específicamente el señor juez omitió relacionar y tener en cuenta a la hora de emitir el fallo la certificación del 18 de octubre del 2017 y la del 29 de agosto del 2018, ya que a través de estas se certificó que el demandante prestó los servicios como mensajero en MR. ROASTBEEF establecimiento de Comercio propiedad de JUAN CARLOS ARIAS PRATO desde el primero de agosto hasta el 30 de noviembre del 2017 y desde el primero de junio hasta el 29 de agosto del 2018, documentales que constituyen plena prueba de la prestación de servicios del demandante para con el señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO, ya que ninguno de los demandados aportó prueba alguna que desvirtuara las mismas, incumpliendo así la carga de la que habla la Corte Suprema de Justicia sala laboral en sentencias SL 4652 del 2020, siguiendo la línea reiterada en sentencia SL del 23 de septiembre del 2009 radicado 36748, SL del 24 de agosto del 2010 radicado 34393 y SL del 30 de abril del 2013 radicado 38666, en el cual la corte manifestó que Juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se expresa en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea como en este caso sobre el tiempo de servicios y el salario o sobre otro tema.

Respecto de la certificación expedida el 18 de octubre del 2017 que fue aportada con la demanda obrante en el expediente firmada por la señora MARÍA ANGÉLICA DÍAZ CAMARGO, indicó que esta, en interrogatorio de parte, confesó y reconoció que esa era su firma de ella y que ella misma fue la que suscribió esa certificación, resaltándose que en el encabezado se habla de empresa de servicios y suministros UNIÓN LABORAL SAS y de conformidad con lo obrante en el certificado de Cámara de Comercio de

INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES SAS, se evidencia que la empresa de servicios y suministros UNIÓN LABORAL SAS, es la misma que hoy actualmente se denomina como INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES SAS.

Que así mismo, el Juez de primera instancia tampoco valoró la historia laboral del demandante que obra en el expediente, pues en la misma se evidencia que para los meses de noviembre y diciembre de 2017 el empleador MR. ROASTBEEF de NIT 88242533 pagó la cotización a pensión al demandante poniendo de presente que ese NIT corresponde al mismo número de cédula del señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO tal como se prueba el certificado de existencia y representación legal adjunto con la demanda.

Indicó que el juez también valoró en indebida forma las pruebas testimoniales arrojadas por el demandante, pues en la audiencia de trámite y juzgamiento los testigos afirmaron de manera clara que vieron laborar al señor BRIDEN desde mitad de año 2017 hasta agosto del 2018 en el establecimiento central en el de la avenida cero con calle 18, pero que él mismo en algunas ocasiones era rotado por otros puntos de MR. ROASTBEEF por órdenes de JUAN CARLOS ARIAS, y si bien quizás algunos testigos no pueden determinar una fecha precisa y exacta con un día en específico, teniendo en cuenta de que se trata de hechos que ocurrieron hace ya muchos años, sí dan luces manifestando el mes y el año en el cual vieron al señor BRIDEN por primera vez trabajar, y el mes y el año en el cual vieron por última vez al señor BRIDEN laborar en MR. ROASTBEEF quedando así claramente probado la prestación del servicio por parte del demandante.

Igualmente, frente al elemento de la subordinación, no se valoró en debida forma los testimonios del señor Junior Vera y la señora Jenny Mora quienes declararon que el señor JUAN CARLOS ARIAS era quien establecía los horarios, la forma cómo prestar el servicio, era quien rotaba a los mismos trabajadores por diferentes puestos, pues tal como lo manifestaba la señora Jenny Mora ella pasó por 3 diferentes puestos; que el señor junior Vera fue mesero e incluso domiciliario junto al señor BRIDEN; así mismo, los testigos manifestaron que la persona que les pagaba el salario a todos los trabajadores de MR. ROASTBEEF independientemente de la sede o punto en el cual laboraban, era el señor JUAN CARLOS PRATO.

Alegó que en el interrogatorio de parte de INNOVO, la empresa reconoció que el vehículo, los uniformes y los implementos que utilizaba el demandante para prestar sus servicios, no fueron suministrados por la empresa y que la demandada no cuenta con la autorización del Ministerio del trabajo para poder enviar a personas a prestar el servicio a favor de terceros beneficiarios; que los uniformes de todos los trabajadores son exactamente iguales y tienen el logo genérico que denominan MR. ROASTBEEF.

Resaltó que INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES SAS en ningún momento le manifestó al demandante su calidad intermediario, pues no aportó prueba al plenario ni realizó manifestación alguna en la contestación de la demanda, refiriéndose al cumplimiento de dicha carga tal como lo exige

el numeral tercero del artículo 35 del código sustantivo del trabajo, por lo tanto debe aplicarse la consecuencia que habla la normatividad y por ende debe responder solidariamente la demandada INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES SAS con el empleador JUAN CARLOS ARIAS PRATO de las obligaciones respectivas.

Frente a las horas extras laboradas y recargos nocturnos por el demandante, el juez de instancia no valora en debida forma las certificaciones laborales emitidas por Innovo los días 18 de octubre, el 17 y 29 de agosto del 2018 que rezan la certificación del 18 de octubre de 2017 que el demandante laboro en MR. ROASTBEEF como mensajero desde el primero de agosto al 30 de noviembre de ese año en un horario de 11 de la mañana a 2 pm y de 7 de la noche a 12 de la mañana, y por tanto surge que INNOVO SOLUCIONES admite que en este horario el trabajador laboraba 3 horas de recargos nocturnos comprendidas de las 9 a 12:00 h de la noche, además según certificación del 29 de agosto del 2018, el demandante laboro en MR. ROASTBEEF desde el 01 de junio al 29 de agosto 2018 en un horario de 11 de la mañana a las 3 de la tarde y de 4 de la tarde a 2 de la mañana, esto es trabajo un total de 12 horas seguidas, la demandada reconoce así que el demandante laboraba cuatro horas extras y adicional 5 horas con recargos nocturnos comprendidas entre las 21:00 h de la noche y las 2:00 h de la mañana, si quizás no se menciona el día en específico que se cumplía horario generalizándose cada uno de los mismos, se puede tener el indicio de que ese horario, era el horario semanal, pues de las costumbres se evidencia que muy rara vez o por lo general cuando el empleador certifica laboralmente la relación laboral ninguna certificación estipula los días en el cual desempeña o cumple el horario del trabajador.

Alegó también que se evidencia que durante la vigencia de la relación laboral, al inicio se realizaron las cotizaciones pensionales sobre una base de un salario mínimo legal mensual vigente, pero en la contestación de la demanda INNOVO SOLUCIONES, al responder las pretensiones planteadas en el libelo de mandatorio, acepta las pretensiones tercera y cuarta, es decir acepta que el salario del demandante para el año 2017 era de \$1.322.000 y para el año 2018 era de \$1.497.212, aspecto que quedó probado dentro del presente proceso por el propio juez de primera instancia desde la audiencia de conciliación.

Reiteró frente a la terminación sin justa causa y el pago de la respectiva indemnización por parte del señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO en calidad de verdadero empleador, que el Juez de primera instancia no valora en debida forma las pruebas testimoniales arrimadas por la parte demandante, pues junior Vera y Jenny Mora testigo de la parte demandante manifestaron que el señor Juan Carlos Arias por ser el verdadero empleador del señor BRIDEN era la persona que tomaba este tipo de decisiones respecto de los empleadores de MR. ROASTBEEF, es decir quién se iba y quién se quedaba, además JUAN CARLOS ARIAS PRATO como verdadero empleador no aportó prueba alguna para desvirtuar este dicho, por ejemplo, que la terminación se hubiera dado de mutuo acuerdo y aporte la respectiva acta suscrita por las partes o que hubiera sido por justa causa y adjunte la carta

manifestando de cada uno de los motivos, incumpliendo así la carga probatoria dispuesta en el artículo 167 del código general del proceso aplicable analógicamente el proceso ordinario laboral a través del artículo 145 del código procesal laboral que reza que impone a las partes probables supuesto De hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellos persiguen.

Que lo anterior es claro indicio de que la terminación del contrato de trabajo del actor fue sin justa causa y la realización señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO teniendo entonces derecho a recibir su respectiva indemnización correspondiente a 30 días de salario por el primer año y 20 días por los siguientes tal como los regula el numeral segundo del artículo 64 del código del trabajo.

Por último, indicó que en el proceso quedó plenamente demostrada la mala fe en el actuar del demandado, pues se probó que se utilizó a Innovo soluciones empresariales como intermediario para ocultar su verdadera condición de empleado.

PARTE DEMANDADA- INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES, S.A.S.

Se mostró inconforme la parte con el hecho que, al momento de imponer la condena sobre la indemnización moratoria, se estipula que se condena al pago de intereses moratorios sobre el valor que arroja la indemnización moratoria contabilizado los 24 meses y que, en ese sentido el inciso segundo del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, indica que los intereses que se liquidan son sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones sociales; que en este caso los intereses que allí se decretan, deberían ser liquidados sobre el valor de los \$936.341 que es el valor de las prestaciones sociales y no sobre los \$35.933.081 que se impone como sanción moratoria.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión, que se encuentran consignados en el numeral 20 del expediente digital, habiendo reiterado en el documento, los argumentos esgrimidos en su recurso de apelación.

Una vez cumplido el término para el efecto, sin que la parte demandada hubiera ejercido su derecho a presentar sus alegaciones finales, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VIII. CONSIDERACIONES

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

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en los recursos de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si el contrato de trabajo declarado en primera instancia con el demandante como trabajador, lo fue con el señor JUAN CARLOS ARIAS PRATOS como propietario del establecimiento de comercio MR. ROASTBEEF, en su calidad de empleador, y en los extremos temporales alegados por la parte activa, y en consecuencia, se debe condenar a aquel al pago de los emolumentos laborales causados que fueron solicitados en la demanda, amén de verificar como lo advierte la parte demandada, si fue acertada la liquidación de la sanción moratoria impuesta conforme a lo dispuesto en el artículo 65 del CST.

Conforme al principio general de la carga de la prueba contemplado en el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual es aplicable a nuestro Procedimiento Laboral por integración normativa del artículo 145 del C.P.L., quien pretenda beneficiarse de los efectos jurídicos consagrados en una norma debe probar los supuestos de hecho consagrados en ella.

En este entendido, si la parte demandante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo, debe probar la configuración de los elementos del mismo establecidos en el artículo 23 del C.S.T., siendo estos, (i) la demostración de la labor personalizada de quien dice tener la calidad de trabajador, (ii) la subordinación o dependencia jurídica permanente del asalariado respecto del empleador, el cual se erige en el elemento tipificante del lazo contractual, pues si no aparece evidenciado se considera que dicho nexo no nació a la vida jurídica y (iii) la remuneración o retribución por el servicio desarrollado.

Adicionalmente, deben probarse los extremos temporales del vínculo laboral, con el fin de poder liquidar las prestaciones sociales a que tendría derecho el trabajador en caso de que se declare la existencia de dicha relación laboral (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia 5 de agosto de 2009. Rad. 36549).

Igualmente es preciso mencionar la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., según la cual, demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, no es necesario acreditar la continuada subordinación jurídica ya que tal presunción le impone la carga al supuesto empleador de desvirtuarla, a través de la evidencia allegada al proceso.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia manifestó en su providencia del 24 de abril de 2012, con Radicado N° 39600, lo siguiente:

«...para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el

artículo 24 del C. S del T., que para un caso como el que ocupa la atención de la Sala, sería en su versión posterior a la sentencia de la Corte Constitucional C-665 del 12 de noviembre de 1998 que declaró inexecutable su segundo inciso, esto es, en los términos vigentes para el momento de la ruptura del vínculo (1° de marzo de 1999) que consagró definitivamente que “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. Lo anterior significa, que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario».

Lo anterior significa que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal a favor del demandado, para que se presuma el contrato de trabajo y es a éste último a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiada el operario.

PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO

En este orden de ideas, debe en primer lugar determinar esta Sala la persona, ya sea natural o jurídica, a favor de la cual se dio la prestación del servicio existente: si a favor de INNOVO, SOLUCIONES EMPRESARIALES, S.A.S., lo cual acepta en su contestación dicha empresa y tal como fue declarado por el A quo, o a favor del señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO, en calidad de propietario del establecimiento de comercio MR. ROASTBEEF, como lo reitera la parte activa en su demanda y su recurso de apelación.

Revisando entonces la documental aportada, se evidencia lo siguiente:

- A folio 2 se allega una certificación expedida por INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES con NIT 900.448.394-5, el día 29 de agosto de 2018, suscrita por la señora MARÍA ANGÉLICA DÍAZ CAMARGO, en su calidad de gerente, en la cual se lee que “el señor BRIDEN YOHEL FLOREZ PEREZ identificado con cedula de ciudadanía número 1.090.507.958 de Cúcuta, labora desde el 1 de Junio del 2018 prestando los servicios en **MR. ROASTBEEF** en el cargo de mensajero en el horario de 11:00 am a 3:00 pm y de 6:00 pm a 2:00 am, con un contrato a término fijo Vigente desde el 1 de junio de 2018 demostrando ser una persona seria y responsable” (sic).
- A folio 4 se observa una certificación expedida por INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES con NIT 900.448.394-5, el día 27 de agosto de 2018, suscrita por la señora MARÍA ANGÉLICA DÍAZ CAMARGO, en su calidad de gerente, en la cual se lee que “el señor BRIDEN YOHEL FLOREZ PEREZ identificado con cedula de ciudadanía número 1.090.507.958 de Cúcuta, labora desde el 1 de Junio del 2018 prestando los servicios en **MR. ROASTBEEF** en el cargo de mensajero en el horario de 11:00 am a 2:00 pm y de 9:00 pm a 2:00 am, con un contrato a término fijo Vigente desde el 1 de junio de 2018 demostrando ser una persona seria y responsable” (sic).

En su interrogatorio de parte, la señora MARÍA ANGÉLICA DÍAZ CAMARGO, como representante legal de INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES,

S.A.S. aceptó que es su firma la que se encuentra plasmada en la certificación emitida el 29 de agosto de 2018, así como de aquella certificación de fecha 18 de octubre de 2017; que el vehículo que utilizaba el demandante para desempeñar su labor no era de la empresa, ya que era de propiedad de él, así como los implementos que empleaba para realizar su labor ; que la empresa tampoco le suministró el uniforme al demandante; aceptó igualmente que INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES tiene un contrato con MR ROASTBEEF; indicó que la prestación del servicio del demandante con MR ROASTBEEF era esporádica, en el momento en que se solicitara algún servicio en uno de los puntos; que con INNOVO el demandante tenía disponibilidad de 8 horas de su trabajo, y en cuanto a MR ROASTBEEF no era fijo ni permanente; que el demandante también realizaba su labor de mensajería para asuntos relacionados con la oficina de INNOVO.

Ahora bien, de los testimonios practicados a favor del demandante, se logró recaudar la siguiente información:

- El señor JUNIOR JOSÉ VERA indicó que conoce al demandante desde mediados de 2017 porque trabajaba con él en MR ROASTBEEF; que él trabajó allí hasta octubre de 2018 y el demandante salió un par de meses antes; que el horario de cada uno cambiaba dependiendo de las indicaciones del jefe directo, Juan Carlos. Cuando se le cuestionó sobre las funciones del actor, indicó que este hacía “lo que hacía la mayoría de mensajeros, llevaba los servicios de domicilio, la comida, ayudaba acomodar los mercados para surtir a los puntos, que eran MR. ROASTBEEF de Unicentro, el Páramo y los Patios y ayudaba también muchas veces también a descargar el camión de la gaseosa, cuando había que cambiar locales, las demás funciones llevar sus domicilios, estar pendiente de las rutas, colaborar a veces si los meseros están por decirlo ponche o estaban atareados, ayudarlos a recoger los platos de la mesa, más que todas multifunciones”; informó que todos los trabajadores rotaban en los diferentes puntos porque se cubrían también los descansos; narró que a veces trabajaba en el punto de los Patios en la mañana y en la tarde en el de la avenida cero; que el señor JUAN CARLOS era el que daba todas las órdenes y no se hacía nada sin que él lo autorizara. Resaltó que siempre debían portar el uniforme que les suministraba MR ROASTBEEF con el logo; que los llamados de atención los realizaba Juan Carlos y era él quien les pagaba las quincenas; indicó que él pertenecía a otra sucursal y coincidía con el demandante 3 o 4 veces a la semana en la sucursal de la avenida 0, ya que allá era la principal.
- La señora JENY MORA MELO indicó que fue cajera, mesera y cocinera en MR ROASTBEEF hasta febrero de 2019 y por eso conoció al demandante, a quien vio desde mitad de 2017 y hasta el 2018; informó que le consta que el señor JUAN CARLOS le pagaba el sueldo al demandante en efectivo; que en la empresa trabajaban en diferentes horarios, a veces de 6 a 6 o con turnos partidos; que el demandante trabajaba normalmente en la sucursal de la 0 con 18 y a veces lo mandaban a cubrir otros puntos de los patios, Unicentro y la calle 15

cuando había mucho domicilio; que los uniformes, que constaban que gorra, camisa y pantalón tenían el logo de MR ROASTBEEF.

La señora RITA MARINA PRATO BARCO, testigo decretada a favor de INNOVO, indicó en la diligencia que es propietaria de MR ROASTBEEF EXPRESS ubicado en el Centro Comercial Unicentro; que conoce al demandante porque solicitaba el servicio de mensajería a INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES; que el señor JUAN CARLOS ARIAS es propietario del punto de la avenida 0, la señora KATHERINE ARIAS propietaria de la sucursal de los Patios, el señor CARLOS JULIO ARIAS del punto de Atalaya y ÁLVARO ARIAS propietario del punto de la calle 15.

Informó que el demandante únicamente le prestaba el servicio de domicilio a la sede de Unicentro y el servicio lo pagaba directamente INNOVO al demandante.

VALORACION PROBATORIA

Del material probatorio previamente expuesto, es posible afirmar que, en efecto, el demandante prestó sus servicios a favor de los diferentes establecimientos de comercio denominados MR. ROASTBEEF, en calidad de mensajero; así mismo, que recibía órdenes del señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO respecto de los turnos, y era este quien le cancelaba su quincena en efectivo, en la sucursal ubicada en la calle 18 con avenida 0 en la ciudad de Cúcuta, sucursal en la que el señor FLOREZ PÉREZ ejercía sus funciones de manera principal, **pero, según manifestaron los testigos allegados por la misma parte activa, algunas veces era enviado a los establecimientos ubicados en Los Patios, Unicentro y la Calle 15, sin que fuera especificado el horario o los días en que se desempeñaba en cada uno de ellos**; así mismo se probó que el demandante portaba el uniforme suministrado por dicho establecimiento de comercio, que tenía el respectivo logo y que el vehículo en el que se movilizaba era propio, así como los demás elementos que utilizaba para realizar su labor; igualmente fue aportado por la parte activa la certificación laboral de fecha 29 de agosto de 2018 vista a folio 2, según la cual el demandante prestó sus servicios como mensajero desde el 01 de junio de tal anualidad.

Acreditada cabalmente la actividad desarrollada por la demandante, a favor del señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO como propietario del establecimiento de comercio MR. ROASTBEEF ubicado en la calle 18 con av. 0 en la ciudad de Cúcuta, es menester, tal y como lo advierte la parte actora, dar aplicación a la presunción consagrada en el artículo 24 del CST, de tal suerte que es al presunto empleador a quien le corresponde derruir dicha presunción demostrando con los elementos de juicio allegados al plenario, el carácter autónomo e independiente de la labor ejecutada.

En ese orden de ideas, advierte la Sala, que el señor ARIAS PRATO no allega ningún elemento de juicio, para desvirtuar la existencia del elemento SUBORDINACIÓN, ante la cabal acreditación del servicio personal prestado por parte del demandante a su favor; por el contrario, del análisis en conjunto

de las pruebas allegas, es evidente, atendiendo la naturaleza y las funciones impuestas al demandante, y el desarrollo de las mismas, que aquel tenía la facultad para exigirle a FLOREZ PÉREZ, el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo.

De esta manera, en el sub-examine, atendiendo la activación de la presunción de que trata el artículo 24 del CST, ante la acreditada prestación personal del servicio por parte del demandante a favor señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO como propietario del establecimiento de comercio MR. ROASTBEEF ubicado en la calle 18 con av. 0 en la ciudad de Cúcuta, sin que este allegara al plenario elementos que desvirtuaran dicha presunción, se advierte que la actividad que como mensajero realizaba el demandante, estuvo regido por un contrato de trabajo realidad.

Sin embargo, revisando las pruebas aportadas a los autos, tales como los documentos y las declaraciones de los testigos, evidente surge que no es posible determinar con certeza los extremos temporales del contrato de trabajo declarado; esto, en primer lugar, ya que si bien los testigos aportados se refieren a que lo conocen desde mediados de 2017 porque también laboraban en MR. ROASTBEEF eso no permite ubicar el momento en que se dio inicio a la relación existente, ni siquiera de manera aproximada en dicha anualidad; así mismo, con relación a la certificación laboral que alega la parte demandante que fue aportada con la demanda, y que según su dicho fue expedida en octubre de 2017, se tiene que la misma brilla por su ausencia tanto en el expediente digital como en el expediente físico, y por tanto no podrá ser tenida en cuenta por esta Sala, contando únicamente con la certificación vista a folio 2 según la cual el demandante comenzó a prestar sus servicios a favor de MR ROASTBEEF el día 01 de junio de 2018, no habiéndose especificado en la misma, en cuál de las sucursales del establecimiento de comercio hace referencia.

Este último asunto cobra máxima importancia, es decir, la determinación de la propiedad de los diferentes puntos de MR. ROASTBEEF a que se hace referencia en repetidas ocasiones durante el proceso, ya que tal y como fue expuesto por la testigo RITA MARINA PRATO BARCO, el demandado JUAN CARLOS ARIAS PRATO únicamente figura en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Cúcuta visto a folios 12 y 13, como propietario de establecimiento ubicado en la Avenida 0 #17-98, siendo los demás puntos, según el dicho de la señora PRATO BARCO, de propiedad de otras personas, lo cual en parte, se demuestra con el documento visto a folios 54 a 56, allegándose el certificado como comerciante de la testigo, quien figura como propietaria de MR ROASTBEEF EXPRESS ubicado en LC 90 av. Libertadores Canal Bogotá CC Unicentro.

En tal virtud, los demás puntos de MR ROASTBEEF son considerados establecimientos de comercio diferentes a aquel ubicado en la avenida 0 con Calle 18 y que fuera de propiedad del señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO, no pudiéndose concluir que la prestación del servicio del demandante se dio de forma continua e ininterrumpida, no habiendo sido además planteado por la parte activa la posibilidad de aplicación de la figura de unidad de empresa

y por tanto, no es procedente para esta Sala estudiar lo pretendido bajo esta figura.

Y es que encuentra la Sala que los testigos aportados por el demandante, afirman que el señor FLOREZ PEREZ prestaba sus servicios de manera principal en el punto de la av. 0 con calle 18, propiedad del señor JUAN CARLOS, pero también era enviado a los demás puntos, dependiendo de la necesidad del servicio y lo que determinara el “jefe JUAN CARLOS”, sin que especificara, de manera precisa o tan siquiera con indicios, los días de la semana, las horas, o los periodos en que el demandante ejercía sus labores en cada lugar, con el fin de establecer los límites temporales de dicho vínculo.

Entonces, al resultar imposible extraer, del material probatorio aportado, los horarios, días de la semana y los extremos temporales de la prestación del servicio por parte del señor FLÓREZ PÉREZ a favor de JUAN CARLOS ARIAS PRATO como propietario del establecimiento de comercio MR. ROASTBEEF, no es posible para esta Sala proceder a liquidar e imponer condena alguna en cabeza de este último, debiendo ABSOLVERLO de las pretensiones incoadas en su contra.

A pesar de lo anterior, observa la Sala que la demandada INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES, S.A.S. no manifestó inconformidad en su recurso de apelación frente a la declaratoria de contrato de trabajo existente entre esta empresa y el demandante, ni respecto de las condenas que le fueron impuestas, refiriéndose únicamente a la manera en que fue liquidada la indemnización contenida en el artículo 65 del CST, declaratoria y condenas que habrán de mantenerse, en virtud del principio de *la no reformatio in pejus*, al no ser posible desmejorar en este caso al demandante, siendo que la parte demandada no atacó lo resuelto por el A quo en los términos mencionados.

Teniendo claro lo anterior, y revisando la condena impuesta en el numeral TERCERO de la sentencia apelada, respecto de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST refutada por INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S., se observa que, según Acta de Lectura de Fallo contenida en el expediente digital, fue impuesta de la siguiente manera:

“POR SANCION MORATORIA CONFORME ART. 64 C.S.T. UN DIA DE SALARIO POR CADA DIA DE MORA A PARTIR DE AGOSTO 30/18 HASTA POR 24 MESES \$ 35.933.083.20 (QUE SE CUMPLIERON EN AGOSTO 39/20), EN ADELANTE RECONOCERÁ INTERESES DE MORA SOBRE LA SUMA A CANCELAR CONFORME AL ART. 64 C.S.T.”

Frente a esto, alega la pasiva INNOVO *que el inciso segundo del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, indica que los intereses que se liquidan son sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones sociales; que en este caso los intereses que allí se decretan, deberían ser liquidados sobre el valor de los \$936.341 que es el valor de las prestaciones sociales y no sobre los \$35.933.081 que se impone como sanción moratoria.*

De lo anterior, surge evidente que le asiste razón al apoderado judicial de INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S. en cuanto a que los intereses a que hace referencia el artículo 65 del CST y que se causan a partir del mes 25 se liquidan sobre lo adeudado *“por concepto de salarios y prestaciones en dinero”*, a la luz de lo reglado en el inciso 2° ibídem.

Así las cosas, deberá MODIFICARSE el NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, en el sentido de CONDENAR a INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES, S.A.S., al pago de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 CST, a razón de un salario diario de \$49.907, según fue establecido por el A quo y aceptado por las partes, desde el 30 de agosto de 2018, por 24 meses, hasta el 29 de agosto de 2020, para un total de \$35.933.088 y a partir del 30 de agosto de 2020 y hasta cuando sea verificado el pago, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre la suma debida por prestaciones sociales, es decir, sobre \$936.341.

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

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

IX. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor BRIDEN YOHEL FLOREZ PEREZ, y el señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO en su calidad de propietario del establecimiento de comercio MR. ROASTBEEF ubicado en la calle 18 con av. 0 en la ciudad de Cúcuta, existió un contrato de trabajo.

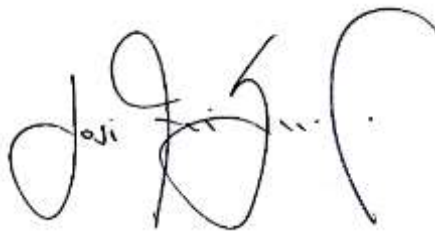
SEGUNDO: ABSOLVER al señor JUAN CARLOS ARIAS PRATO en su calidad de propietario del establecimiento de comercio MR. ROASTBEEF ubicado en la calle 18 con av. 0 en la ciudad de Cúcuta, por las razones advertidas en la anterior motivación.

TERCERO: MODIFICAR el NUMERAL TERCERO de la sentencia el día 11 de febrero de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en el sentido de CONDENAR a INNOVO SOLUCIONES EMPRESARIALES, S.A.S. a favor del señor BRIDEN YOHEL FLOREZ PÉREZ, al pago de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 CST, a razón de un salario diario de \$49.907, según fue establecido por el A quo y aceptado por las partes, desde el 30 de agosto de 2018, por 24 meses, hasta el 29 de agosto de 2020, para un total de \$35.933.088 y a partir del 30 de agosto de 2020 y hasta cuando sea verificado el pago, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre la suma debida por prestaciones sociales, es decir, sobre \$936.341.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 059, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 10 de junio de 2022.



Secretario

REPÚBLICA 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: 54001-31-05003-2019-00152

Partida Tribunal: 19331

Demandante: MARY LUCY ARIZA TORRES

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

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

**Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE
SENTENCIA**

San José de Cúcuta, nueve (09) 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 de las entidades demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54001-31-05003-2019-00152 y partida de este Tribunal Superior No. 19331 promovido por la señora MARY LUCY ARIZA TORRES 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 MARY LUCY ARIZA TORRES demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA, hoy PORVENIR, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerla que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con el reconocimiento de la pensión de vejez por cumplir los requisitos de Ley para ello, e indexación retroactiva e intereses moratorios

desde la fecha en que se configuró el derecho a pensión, y por último, que se condene a las demandadas al pago por costas y agencias en derecho.

II. HECHOS

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

1. Que ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 17 de noviembre de 1978, cotizando aportes ante extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), un total de 832 semanas según historia laboral.
2. Que el 30 de abril de 1997, realiza traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE, S.A., hoy PORVENIR, suscribiendo formato de traslado (folio 210), sin recibir información de los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro.
3. Que cumplió la edad de 57 años de edad el 30 de septiembre de 2018, y que a la fecha contaba con un total de 1864 semanas cotizadas, por lo que cumple con los requisitos contemplados por la Ley 100 de 1993, para acceder a su pensión de vejez.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada **COLPENSIONES, S.A.**, ésta dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en el entendido que la demandante se afilió voluntariamente a PORVENIR, encontrándose incurso en lo establecido por el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN PRETENDIDA, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

Por su parte, PORVENIR S.A. indicó que se opone a las pretensiones principales y subsidiarias incoadas por la demandante, ya que en el traslado efectuado inicialmente no existió vicio alguno que amerite o genere su nulidad o ineficacia y de accederse a las súplicas de la demanda, sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual. Sobre el derecho de pensión y las condenas a indexación y moras, afirma que la demandante no ha hecho ante la entidad ninguna solicitud de reconocimiento.

Como excepciones de mérito propuso las excepciones que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O LA GENÉRICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 10 de marzo de 2021, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR no probadas la excepción de prescripción propuesta por las entidades demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora MARY LUCY ARIZA TORRES a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, el actor nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR, S.A., a devolver a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas de la demandante, así como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que valide la afiliación de la demandante, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., para financiar las prestaciones económicas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: CONDENAR a La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante MARY LUCY ARIZA TORRES la pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir de la fecha en que cumplió con los requisitos de edad y semanas cotizadas, esto es, 30 de septiembre de 2018, condicionando el disfrute de esta pensión a que se acredite la desafiliación al sistema de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, y disponiendo que a partir de esa fecha se realice la indexación de las mesadas causadas, desde el momento en que se hicieron exigibles y hasta que se haga efectivo el pago.

SEXTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas.

OCTAVO: CONSULTAR la providencia a favor de COLPENSIONES, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del CPTSS.

NOVENO: DISPONER que el monto de la pensión de vejez deberá establecerse de conformidad con los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

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.

Con respecto a la pretensión encaminada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de Colpensiones, la Juez A quo consideró que la demandante cumplía con los requisitos para obtener dicha prestación, consagrados en la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la ineficacia del traslado no es procedente por estar fundamentada en la falta de información al afiliado, siendo que la señora MARY LUCY ARIZA TORRES estaba capacitada para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen. Señala que han pasado 23 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que la accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen.

Manifestando sobre la obligatoriedad que surge de recibir a la demandante dentro del régimen de prima media, por cuanto esa situación genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que la demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca son suficientes para el otorgamiento de las pensiones, por lo que se genera un desbalance dentro de Colpensiones, situación que se debe cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional faltando menos de los 10 años para adquirir la pensión, transgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100.

Añadió su rechazo a la condena a reconocer y pagar la pensión de vejez de la demandante, a partir de la fecha 30 de septiembre del 2018, más la

indexación de mesada, la cual tachó de no procedente. Arguye que Colpensiones no tiene dentro del régimen que administra a la demandante. Por lo tanto, no se han realizado todos los estudios requeridos para determinar el valor de este derecho. Así, se estaría concediendo una pensión de vejez sin siquiera haberse ejecutado el traslado de régimen pensional. De quedar en firme esta condena, se priva a Colpensiones de su derecho y deber de analizar el lleno de los requisitos legales de sus afiliados para otorgar pensiones de vejez o cualquier otra condición de la demandante, dependiendo de la información al final del traslado de régimen.

Por último, se mostró inconforme con la condena en costas impuesta, teniendo en cuenta que el ISS, hoy Colpensiones, ha actuado con la creencia de haber cumplido con su deber y con la conciencia plena de no engañar y perjudicar, con buena fe.

2. PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que el traslado de régimen fue efectuado en el año de 1997, y para esa época, se encontraban vigentes las disposiciones del estatuto orgánico del sistema financiero, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su versión original y el art 11 del decreto 692 del 94; que estas disposiciones, y en especial del estatuto orgánico del sistema financiero del artículo 13 de la Ley 100 del 93, establecían obligaciones de dar información acerca de los traslados pero eran unas obligaciones de carácter genéricas o abstractas, que no establecían unos mínimos o unos máximos que debían cumplir los fondos de pensiones para entenderse que se habría producido el traslado en debida forma.

Precisó que el artículo 11 del decreto 692 del 94 establecía que como prueba única de que el traslado se realizó conforme a la Ley, se debía suscribir por parte de la señora demandante en ese caso, un formulario de afiliación; que ese mismo decreto establecía cuál era el contenido de dicho formulario de afiliación, el cual era aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia; que los fondos de pensiones en este caso Porvenir s.a. obrando bajo los principios de la Buena Fe y la confianza legítima que le ofreció una institución del estado, como lo era la Superintendencia Financiera de Colombia, elaboró dicho formulario el cual fue manuscrito por la demandante en el cual se deja como evidencia o prueba única o documental de que el traslado se dio conforme a la Ley, formulario este que no fue tachado de falso por la parte demandante luego tiene plena validez probatoria.

Que es solo a partir del año 2008, que la Corte Suprema de Justicia impone a los fondos de pensiones y cesantías una serie de cargas probatorias que exigen cumplimiento, lo que en el año de 1997 no se exigía.

Así mismo, no compartió el fallo en lo relacionado a que se debe devolver la totalidad de los descuentos realizados por el fondo; esto, dado que consideró que se ordena la retribución de todos los rendimientos que produjo esos aportes pensionales cuando estuvieron en Porvenir, pero se niega el derecho

a Porvenir de descontar los gastos de administración, y a su vez, de también reconocer sumas como las primas que se pagaron para los seguros de invalidez, vejez y muerte, lo que, a su juicio, es un absurdo porque se incurre en una injusticia de parte del sistema judicial debido que además de llevarse el rendimiento, no se reconocen los gastos en los que incurrió el fondo, siendo claro el Código Civil cuando habla de las restituciones mutuas en los casos como el siguiente, en su artículo 964 inciso final dice: “En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”. También, señala que este acápite no fue solicitado por la demandante, sino por el Ministerio Público.

En relación con las primas pagadas por los seguros, informó que estas fueron sumas pagadas a favor de terceros como son las compañías de seguros, quienes prestaron sus servicios, es decir, quienes dieron cobertura durante todo el tiempo que estuvo vigente la filiación de la señora demandante con el fondo; que al ya haber sido pagados, son dineros que son difíciles de restituir por cuanto son unos pagos que se hacen a unos terceros ajenos los fondos, y hay que tener en cuenta que la fuente de esas obligaciones es de carácter legal.

Consideró que este reconocimiento hace que se incurra en un enriquecimiento sin causa y a favor de Colpensiones, entidad que además de recibir los rendimientos va a recibir estas sumas adicionales.

Observó, también, que no se declaró la excepción de prescripción. Recordó que, se está solicitando la ineficacia de un acto jurídico, como es la afiliación o traslado. De conformidad con el Código de Comercio y de conformidad con el Código General del Proceso y el Código Sustantivo del Trabajo, los términos de prescripción de las acciones deben contarse a partir del día siguiente de la celebración de los actos jurídicos, sobre los cuales se pide la nulidad o la ineficacia. Señaló sobre este caso, que el acto jurídico ocurrió en 1997, por lo tanto, han ocurrido con creces los 3 años conforme la legislación laboral; término que se tiene para demandar este tipo de actos. Arguyó que, independientemente del régimen pensional que tenga la actora, el derecho a pensión está garantizado. Así, la litis, radica en un mejoramiento de este derecho más no en su reclamo. Y, por ello, conforme a la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sí es dable la excepción de prescripción que fue negada por el despacho. Por último, se mostró inconforme con la condena en costas.

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 encuentran debidamente consignados en los numerales 28 a 31 del expediente digital.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante MARY LUCY ARIZA TORRES en el año 1997 a PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliada con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.
4. Indagar si es dable la condena a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, a reconocer y pagar el derecho de pensión de vejez a la demandante, junto con la indexación de los valores, a partir del día 30 de septiembre del 2018, como se estableció en la sentencia de primera instancia.
5. Por último, se revisará la condena en costas a las demandadas.

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, y se revisará el interrogatorio de parte recaudado, en lo pertinente.

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por la demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia del ISS a hoy PORVENIR S.A. se dio por engaños,

arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento de la señora MARY LUCY ARIZA TORRES para realizar el cambio advertido.

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

El artículo 97 de la ley 100 de 1.993, enmarcó a los fondos de pensiones como constitutivos de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, lo que conlleva a la exigencia del cuidado de los intereses de quienes se ligan a ellas, el que inicia desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, dada la confiabilidad de quienes van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o una eventual pensión de sobreviviente para sus beneficiarios.

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

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

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2.015 y la circular Externa 016 de 2.016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba

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

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

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado, no siendo suficiente el simple consentimiento informado expresado en el formulario de afiliación, ya que esto no demuestra que en efecto se cumplió con el deber de suministrar dicha información, demostración está que por demás se encuentra, dentro de un proceso judicial, en cabeza del Fondo de Pensiones, invirtiéndose la carga de la prueba. (Ver sentencias de radicados N° 31989 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicado n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 27 de septiembre de 2017, SL 17595 con radicado n° 46292 de 18 de octubre de 2017, la sentencia SL 2372 con radicado n° 45041 de 23 de mayo de 2018, sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018 y SL 1452 de 2019).

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

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales,

los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

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

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que la demandante MARY LUCY ARIZA TORRES ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 17 de noviembre de 1978, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), y que el 30 de abril de 1997, realiza traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, suscribiendo formulario de traslado.

Revisando las pruebas allegadas a los autos, se evidencia que si bien en el formato visto a folio 210 del expediente (folio 15 expediente digital en la contestación de Porvenir), el cual fue suscrito por la demandante, se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, considera la Sala que estas calidades de la decisión no se encuentran demostradas, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR, S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró a la demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

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

Reiterándose que, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, a la demandante en todo lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no

obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica como la contenida en la solicitud de vinculación, no es suficiente para inferir que existió una decisión documentada por parte de la actora, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva PORVENIR.

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

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el mes de abril de 1997, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PORVENIR, las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, sumas estas que se encuentran bajo la custodia de las Administradoras, y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con

prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

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

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

Así las cosas, no queda otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en cuanto condenó a la demandada a devolver “a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas de la demandante, así como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas.”.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

Dicho lo anterior es necesario para esta Sala, pronunciarse respecto de la

excepción de prescripción formulada por las demandadas, y que fue materia de inconformidad por PORVENIR, S.A, la cual se procede a denegar su prosperidad bajo los siguientes razonamientos.

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

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

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

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

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

condiciones más beneficiosas.

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

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

CUARTO PROBLEMA JURÍDICO - DERECHO A PENSIÓN E INDEXACIÓN DE VALORES.

Ahora bien, como consecuencia de la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, se tiene que la señora Mary Lucy Ariza Torres nunca estuvo afiliado al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, lo que significa, que siempre estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES, lo que indica, que la prestación solicitada debe estudiarse bajo los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el cual establece lo siguiente:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Así las cosas, al revisar el expediente, se observa que la demandante nació el 30 de septiembre de 1961, cumpliendo la edad requerida para acceder a la prestación solicitada el día en el mismo día del año 2018; así mismo, a folio 216 se evidencia que la señora ARIZA TORRES cotizó un total de 1922 semanas, efectuando su última cotización en el periodo 09 del año 2018, por lo que es claro que la afiliada es beneficiaria de la pensión de vejez pretendida, en los términos establecidos por la Juez A quo en el numeral QUINTO de la sentencia atacada, debiéndose CONFIRMAR el mismo.

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

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A., y en favor de la demandante.

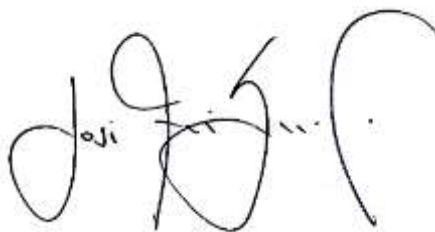
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de marzo de 2021.

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

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE


ELVER NARANJO

MAGISTRADO

IMPEDIMENTO
NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 059, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 10 de junio de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

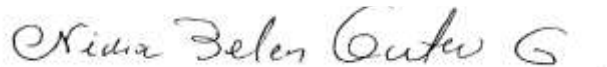
RAD. ÚNICO: 54001310500320190015201
PARTIDA: 19.331
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARY LUCY ARIZA TORRES
DEMANDADO: COLPENSIONES y PORVENIR

Sería del caso proceder a avocar conocimiento del proyecto remitido, si no observara que la suscrita magistrada debe declararse impedida para actuar en este asunto, por cuanto se suscita lo previsto en la causal consagrada en el numeral tercero del artículo 141 del Código de General del Proceso que dice: *"Son causales de recusación: 1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso."*; norma aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T.Y.S.S..

Lo anterior, teniendo en cuenta que mi cónyuge JESÚS HEMEL MARTÍNEZ CELIS es apoderado judicial de la parte demandante.

En consecuencia, solicito al señor Magistrado JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA para que se sirva atender y dar trámite a la solicitud de impedimento manifestada.

CÚMPLASE


NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada