

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: 54-498-31-05-002-2018-00006-00

Partida Tribunal: 19393

Juzgado: Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: Romy Gelixa Jacome Álvarez

Demandada (o): Bancolombia S.A.

Tema: Despido injusto

Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, **treinta** (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de apelación presentados por las partes en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el día 26 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-03-002-2018-00006-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 19.393 promovido por la señora ROMY GELIXA JÁCOME ÁLVAREZ en contra de la sociedad BANCOLOMBIA S.A.

I. ANTECEDENTES

La demandante por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de BANCOLOMBIA S.A. pretendiendo el reintegro laboral al cargo que venía desempeñando al momento del despido o a uno de igual o superior categoría, al pago de salarios desde el momento del despido hasta el reintegro definitivo, al pago de las prestaciones sociales: cesantías, prima de servicios, primas extralegales, vacaciones, prima extralegal de vacaciones, intereses de las cesantías, indexación y costas procesales, junto con el uso de las facultades extra y ultra petita.

Como pretensiones subsidiarias, que se condene a la demandada a la reliquidación de las prestaciones sociales por todo el tiempo de servicios aplicando el salario promedio realmente percibido, la indemnización convencional por el despido unilateral, la indemnización de perjuicios materiales que ascienden a 100 SMLMV, a la indemnización moratoria, al pago de la sanción prevista en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, a la indexación.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: que inició una relación laboral con la empresa demandada el 19 de julio de 2010 y de forma permanente desde el 18 de enero de 2015 en el cargo de auxiliar de servicios con básico de \$1.456.229 más beneficios convencionales, primas extralegales etc., que fue despedida el 18 de enero de 2015 argumentando hechos en los que nunca participó con un cliente llamado Víctor Patermina Pérez, aseguró que la demandada vulneró el debido proceso sin oírle en diligencia de descargos omitiendo el derecho de defensa desconociendo el precedente constitucional C-299/1998. Que el Tribunal Sala Laboral de Cúcuta ya se ha pronunciado respecto de otros trabajadores de la empresa, resolviendo a favor de éstos por despidos injusto por violación al debido proceso; que con el despido fueron vulnerados los derechos a la seguridad y a su núcleo familiar; que la demandada liquidó las cesantías sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales percibidos.

III. NOTIFICACIÓN AL DEMANDADO

Notificado el libelo demandatorio a la demandada, no aceptó los hechos y se opuso a todas las pretensiones, alegando que, la terminación del contrato de trabajo unilateral fue con justa causa según se constata en la comunicación enviada a la demandante donde se explicaron los motivos de la decisión; que el reintegro no fue contemplado en las normas legales ni convencionales, aseguró que la actora incumplió las normas de ética, las reglas del RIT y del CST; propuso como excepciones de fondo, la inexistencia de la obligación, la buena fe y el cobro de lo no debido.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 23 de junio de 2021, resolvió

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora Romy Gelixa Jácome Álvarez, como trabajadora y la entidad demandada Bancolombia S.A. como empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el día 19 de julio del año 2010, hasta el día 18 de enero del año 2015, el cual terminó, por decisión unilateral y sin justa causa de la entidad empleadora.

SEGUNDO: CONDENAR a la entidad demandada Bancolombia S.A., a reconocer y pagar en favor de la demandante Romy Gelixa Jácome Álvarez, la indemnización por despido sin justa causa, que asciende a la suma de \$9.249.480, 00 pesos, de conformidad con el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y 38 de la convención colectiva allegada al plenario, sin perjuicio de la indexación, que surja desde el día 18 de enero del año 2015, hasta cuando se efectuó su pago.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS, a la parte demandada Bancolombia S.A., fijando como Agencias en Derecho, en favor de la parte demandante, la suma de Un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.”

Precisó la Juez A quo, que, respecto a las pretensiones de reliquidación de las prestaciones sociales y las indemnizaciones, no era procedente acceder a ellas, ya que la demandante no probó un salario superior con el cual se hubiese tenido que realizar las liquidaciones de estos derechos laborales, además, asegura que las partes aceptaron que el salario devengado por la demandante al momento de finalizar el vínculo laboral era \$1.456.222, siendo que este salario tenido en cuenta en la liquidación del contrato de trabajo efectuada por la pasiva conforme se allegó en la misma demanda a folio 103 del expediente digitalizado.

Sostuvo que no se demostró la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, ya que las tres conductas endilgadas no fueron probadas; además, consideró sobre el ausentismo de la demandante por no reincorporarse después de las vacaciones, esto es, el 15 de enero del año 2015 que, ante la existencia de dos normas, en aplicación al principio de favorabilidad e *in dubio pro operario*, la empresa debió aplicar la menos gravosa contenida en el RIT Art. 64 literal b), procedimiento que no adelantó la demandada, razones por las cuales, concluyó que la terminación del contrato unilateral por parte de la empresa demandada fue injustificada.

Referente a la pretensión de reintegro, el Juez A quo trajo a colación sentencias de la CSJ S.L. 1444 del 2018 y de radicado 40607 del 9 de septiembre el 2015 con ponencia del doctor Luis Gabriel Miranda Buelvas, junto con la proferida por la CC SU-449/2020 en las que resaltó que el despido no tiene la categoría de una sanción, salvo que internamente se advierta que el despido puede ser tipificado y calificado como una sanción para tales efectos; bajo tales presupuestos analizó la normatividad interna en Bancolombia S.A., esto es, el reglamento interno de trabajo, el código de ética y la convención colectiva de trabajo e inclusive el contrato individual de trabajo, ninguno de los cuales, se vislumbra que Bancolombia S.A. haya dispuesto como sanción disciplinaria el despido, para que conllevara a que siempre que se realiza un despido fuese necesario realizar un procedimiento previo; de la misma forma aseguró que no existe norma alguna que prohíba o le reste eficacia a las decisiones de dar por terminado los contratos de trabajo de manera injustificada; concluyendo, que no era aplicable el procedimiento previo para el despido establecido en el artículo 26 de la convención colectiva de trabajo, ante la inexistencia de norma legal o extralegal que establezca que por la terminación del contrato de trabajo sin justa causa de la demandante la consecuencia jurídica sea ordenar su reintegro.

En concordancia con lo anterior, arguye que le corresponderá a la entidad demandada, reconocer y pagar a favor de la demandante, la indemnización prevista en el art. 64 del CST de un contrato a término indefinido y liquidó el monto de la misma, conforme lo dispone el art. 38 del CCTV 1999-2001 aumentando el 85% del total hasta el momento en que se produjo el despido. Por último, no condeno a la empresa demandada al pago de la indemnización por perjuicios ante la inexistencia de pruebas para demostrarlos.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

Al encontrarse en desacuerdo con la anterior sentencia, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación respecto la pretensión principal de reintegro laboral, argumentando que el Juez A quo equivocadamente “*aplicó la teoría de vieja data*”, al considerar que se demostró que la sociedad demandada vulneró el debido proceso al omitir oír a la trabajadora en diligencia de descargos, que no garantizó el derecho a la defensa según ha sido reiteradamente manifestado por la Corte Constitucional en sentencias T 546 del 2000, T 800 del 2002, T 385 del 2006, T 293 de 2017, T 299 del 1998 y en la sentencia reciente SU 449 del 2020.

Aseguró que, de las pruebas obrantes claro está que a la demandante no se le escuchó en diligencia de descargos porque la comunicación de su despido es del 16 de enero del año 2015, cuando incluso se le manifestó que debía haberse reintegrado o reincorporado de sus vacaciones el día 15 y no el 16, esto evidencia que el 16 de enero del año 2015 se le hizo y se le entregó la carta del despido.

Que, por la razón anterior, si a la trabajadora se le hubiera otorgado la oportunidad de ser oída en diligencia de descargos, los resultados de esa decisión habrían sido contrarios a los que tomó el banco cuando traía elaborada la comunicación de su despido.

Afirmó que las sentencias proferidas por la Corte Constitucional deben ser *atendidas conforme a la Constitución Política y jamás contra ella, lo que hace indispensable que los jueces en sus providencias consulten y apliquen la cosa juzgada constitucional y la doctrina constitucional y el mismo modo cuando la corte revisa sentencias incluso de tutela y fija el alcance de determinado precepto, el criterio que de la doctrina constitucional acoja debe ser observando a falta de norma legal aplicable en caso controvertido como lo expresa el artículo 8 de la ley 153 de 1987, declarando exequible mediante la sentencia C083 del 1 de marzo de 1995 magistrado ponente doctor Carlos Gaviria Díaz.*

Bajo los argumentos anteriores, señaló que no comparte la posición jurisprudencial tomada por el Juez A quo cuando afirmó que *los trabajadores no deben ser llamados a diligencia de descargos y que basta con que en la carta de despido se le diga los motivos o las razones de su despido*; igualmente aseveró que las sanciones disciplinarias pueden ser compatibles con la sanción del despido, porque se priva al trabajador de recibir el salario afectando al núcleo familiar.

Concluye manifestando que, está plenamente probado que se vulneró el derecho al debido proceso y no se le garantizó el derecho de defensa a la trabajadora en forma debida, de conformidad con el criterio constitucional analizado, procediendo el reintegro laboral.

BANCOLOMBIA S.A. a través de su apoderado judicial interpone recurso de apelación en forma parcial respecto a las condenas proferidas en primera instancia, en primer lugar, en lo que respecta a las causales endilgadas por el banco hacia la trabajadora para dar por terminado su contrato de trabajo por justa causa, al considerar que se demostró plenamente la vulneración grave a la divulgación de datos confidenciales de uno de los clientes del banco, en este caso el señor Víctor Paternina y el acceso a información confidencial de las cuentas tanto del señor Paternina como persona natural, como de su empresa Residuales del Caribe SAS como persona jurídica de la cual es propietario y al mismo tiempo representante legal.

Afirmó que la queja presentada por el cliente debe ser analizada por el banco, constatando en primer lugar si el responsable es alguno de los trabajadores o de lo contrario es el mismo cliente quien cometió la actuación y en este caso, para verificar *la divulgación grave de datos confidenciales del cliente proporcionados a terceros, en ese caso a proveedores de ese cliente*, se acudió a verificar si durante los lapsos mencionados por el cliente hubo o no hubo acceso a sus cuentas tanto personales como empresariales, y la respuesta de la investigación fue positiva, si hubo acceso a esas cuentas; luego, se verificó quien accedió a esas cuentas, y se determinó que no fue el cliente ni un tercero ajeno al banco, por lo que, la única persona que tenía acceso a ese ingreso era un empleado del banco, que en este caso fue la demandante ROMY GELIXA JÁCOME ÁLVAREZ, porque el banco le asigna una clave personal a cada empleado, y para demostrar que esa información a la que accedió la trabajadora fue suministrada a los proveedores, la prueba que acredita dicho suceso es el testimonio de la señora Jácome Álvarez cuando confiesa tener relaciones personales con uno de los receptores que aquejó el cliente en su momento frente al suministro de esa información confidencial, presunción que fue declarada no válida por el Juez de instancia y que solicita sea analizada.

Sostuvo que las presunciones constituyen medios de prueba indirecta, *en cuya virtud el juzgador en acatamiento a la ley o en acatamiento a la lógica deriva como acreditado un hecho desconocido por ser consecuencia de un hecho conocido que ha sido probado o que ha sido admitido*; en este asunto, el juez de instancia asume que no podía aplicarse la presunción, sin embargo, insiste el recurrente, junto con la presunción y otros medios de prueba dispuestos en el informe y la confesión de la demandante se logra acreditar plenamente que quien ingreso a las cuentas y suministró la información del cliente a terceros sólo podía ser la demandante, hecho que puso en riesgo al banco porque violó el principio de confidencialidad de la información, cuando comunicó a uno de los clientes del quejoso, sobre su situación financiera para efectos del pago de sus deudas, en relación a sus contenidos comerciales.

Pide que dicha situación relatada sea valorada en segunda instancia y se le responda a la defensa, si la decisión del juez al declarar no válida la presunción tiene asidero jurídico en la legislación laboral.

Consideró que el argumento sostenido por el A quo respecto a la afirmación de que, la demandante si se encontraba autorizada para haber efectuado las consultas a sus cuentas es contradictorio cuando posterior al despido, el cliente mediante un escrito que se aportó, se aqueja de *cómo es que el banco no haya generado eventualmente algún tipo de hallazgos frente a la persona que suministró la información a sus proveedores de bienes o servicios, por cuanto se trata a posteriori de una especie de retractación sobre algo que eventualmente debió haber planteado como testigo en este escenario judicial*, sin embargo, la defensa no pudo contrainterrogar por la inasistencia del mismo dejando en duda dichas afirmaciones.

En consideración a ello, solicitó que sea valorada detalladamente los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Sobre la segunda causal de despido (ausentismo), señala no estar conforme con la decisión del Juez A quo al determinar que el empleador debía aplicar una sanción disciplinaria y no la terminación del contrato, puesto que no le compete al operador judicial sino exclusivamente al empleador, ya que la facultad asignada al Juez es la de verificar la existencia o no de la causal y si fue demostrada, pero no la *de determinar si un empleador debe sancionar a un empleado utilizando la causal de un reglamento interno de trabajo como en este caso, por considerar que la falta ha sido menor o debe utilizar la causal del despido si la considera grave*.

Expuso que las vacaciones fueron programadas por la misma trabajadora y autorizadas por el banco, en el espacio del 9 de diciembre del 2014 al 14 de enero de 2015, que la entidad vía telefónica le recordó el 09 de diciembre el día que debía reintegrarse y tal hecho fue aceptado por la trabajadora, luego entonces, reitera que el empleador ante la ausencia al reintegro, aplicó la causal prevista para el despido, es quien tiene la facultad de aplicarla, pues la conducta de la trabajadora generó desconfianza grave, porque quien define la fecha de su reincorporación al cargo después de sus vacaciones, es el empleador.

Afirmó que el apoderado judicial en las argumentaciones del recurso planteo para la defensa una controversia absolutamente nueva dentro del caso, a pesar de que el Juez A quo consideró que estaba abierta la discusión, esto es, la de surtirse un proceso disciplinario y la etapa de diligencia de descargos, que en este asunto, en su sentir, en la lectura de las sentencias traídas por el recurrente, no existe obligación de la diligencia de descargos, *ni del cumplimiento de un proceso disciplinario como lo afirma correctamente el juez de instancia, sino la Corte simplemente lo que plantea es que antes de un despido el empleador debe escuchar, ojo con el término que el mismo demandante lo citó textualmente y aquí lo anotó esta defensa, el empleador*

debe escuchar al empleado antes de adoptar la decisión de desvincularlo, alegaciones que asegura “tratan de inducir en error al tribunal”.

Manifiesta que la demandante fue escuchada antes de su desvinculación el 16 de enero del año 2015, hecho que fue acreditado por todas las testigos, circunstancia que el juzgado de instancia consideró que ese era el conflicto que se estaba analizando y no otro como se trata de plantear ahora y en consecuencia se procedió al despido previo escuchar a la demandante.

Aseveró que la demandante no logró explicar las razones por las cuales accedió a la información confidencial del cliente en los periodos ya mencionados dentro de la contestación de la demanda a las pretensiones principales y subsidiarias, tal como lo afirmaron las testigos y según reposa en el informe.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandada presentó sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

El apoderado judicial de la demandante se ratificó en todo lo expuesto.

El apoderado judicial de BANCOLOMBIA S.A., ratificó lo expuesto en primera instancia, asegurando que se acreditó la justa causa de terminación del contrato de trabajo de la demandante desde el 18 de enero de 2015 sobre la vulneración grave frente a la protección de datos personales por la divulgación de la información confidencial del cliente VICTOR PATERNINA.

Considera que, en caso de confirmarse la decisión de primera instancia, la Sala Laboral de este Tribunal deberá resolver el siguiente interrogante: *“¿Cómo hubiera hecho el Banco, entonces, para probar esa violación grave a la divulgación de datos confidenciales en contra del cliente mencionado?”*

Que la demandante tenía pleno conocimiento que debía reintegrarse a trabajar el día 15 de enero de 2015, pero hizo caso omiso a dicha instrucción manifestando que no conocía esta fecha, que se encontraba en otra ciudad y que pensaba reintegrarse el día lunes 19 de enero, *incumpliendo nuevamente con sus obligaciones como empleada de Bancolombia S.A.*

Que se demostró que la demandante con su conducta incumplió las disposiciones legales, contractuales y reglamentarias que regían la relación laboral, las cuales se pusieron a su conocimiento mediante la carta de terminación del contrato de trabajo fechada el 16 de enero de 2014.

Afirma no estar conforme con lo señalado por el Juez de instancia, al no tener como válida la prueba de confesión de la demandante, registrada tanto en el informe de seguridad del Banco, como en su interrogatorio, en la que afirmó *tener relaciones personales con uno de los receptores que aquejo el cliente*

formalmente, anulando de tajo la presunción como prueba dispuesta en la legislación colombiana.

Asegura que el Juez se equivocó cuando señaló que el cliente Paternina autorizó a la demandante a ingresar a sus cuentas, teniendo en cuenta que dicha comunicación se realizó de forma posterior a la desvinculación de la demandante y que, en la misma, el cliente también vuelve a manifestar su descontento frente a la supuesta incapacidad del Banco de encontrar hallazgos sobre la persona que divulgó su información confidencial; siendo tales afirmaciones “sospechosas y dudosas”, que de ninguna manera desvirtúan la presunción anteriormente explicada.

Sostiene que, al operador judicial *no le es dable determinar la causal por la cual el empleador tendría que haber dado por terminado el contrato de un empleado*, entre tanto, asegura que el Juez A quo se equivocó en su fallo al indicar que el empleador debió utilizar, no la causal segunda mencionada en la carta, sino una causal de sanción disciplinaria, ya que dicha competencia no es de los operadores judiciales, sino directamente de los empleadores quienes son los legalmente facultados para aplicar las mismas.

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.

Hechos Acreditados.

En este asunto no existe discusión sobre la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante Romy Gelixa Jácome como trabajadora y BANCOLOMBIA S.A. como empleador, con extremo inicial del 19 de julio de 2010, que la actora se desempeñó en el cargo de auxiliar integral de servicios con ingreso básico mensual de \$1.456.229 y que, la empresa demandada decidió unilateralmente terminar el contrato el día 18 de enero de 2015

De esta manera, **el problema jurídico** se reduce a determinar si, el Juez A quo erró en la valoración probatoria como lo alega el apoderado de la pasiva, teniendo en cuenta que BANCOLOMBIA sí demostró las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo de la demandante Romy Gelixa Jácome, o de lo contrario, según lo asegurado por el apoderado judicial de la

activa, los fundamentos sostenidos por el A quo no se adecuan a la interpretación jurisprudencial vigente, porque la demandada vulneró el derecho al debido proceso al omitir la diligencia de descargos, siendo ineficaz el despido y dando lugar a la pretensión principal de reintegro laboral.

Sanción Disciplinaria y Despido.

De acuerdo a lo anterior, la Sala resolverá en primer lugar el argumento de la parte demandante, en el que asegura que el despido es ineficaz, debido a que la demandada no surtió la diligencia de descargos, trámite con el cual, se le garantizaba a la trabajadora su derecho a la defensa como lo prevé la jurisprudencia vigente, a lo que se hace preciso indicar, que una sanción disciplinaria es una facultad del empleador, que tiene como objetivo corregir una conducta indebida del trabajador, al cometer faltas o incumplir sus obligaciones laborales de acuerdo a lo señalado en el contrato de trabajo, el reglamento interno del trabajo, el Código Sustantivo del Trabajo, entre otros; pero ésta no tiene como fin último la terminación del contrato, sino por el contrario, remediar o corregir una situación que está perjudicando de alguna forma la ejecución del mismo, para que éste adopte su curso normal.

Por disposición del artículo 115 del C.S.T. *“Antes de aplicarse una sanción disciplinaria el patrono debe dar oportunidad de ser oído tanto al trabajador inculcado como a dos representantes del sindicato a que este pertenezca. No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo este trámite”*, con el fin de garantizar los derechos al debido proceso y defensa de los trabajadores.

Mientras que el despido tiene como objetivo finiquitar debidamente el contrato, debido a que el empleador desea prescindir unilateralmente de los servicios del trabajador, bien sea porque existió una justa causa para terminar el mismo por haber incurrido el trabajador en una causal consagrada como tal, o sin que exista, se aplique la condición resolutoria del contrato asumiendo el pago de la respectiva indemnización.

Luego entonces, es claro que el despido y la sanción disciplinaria son dos figuras independientes que tienen un objetivo contrario, pues mientras que la primera de forma definitiva termina el vínculo laboral, la otra procura que éste se mantenga vigente.

En resumen, el procedimiento para el despido no se asemeja con el que debe seguirse para la imposición de las sanciones, posición que encuentra asidero en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia SL5627-2021 reiterada en la sentencia del 05 de abril de 2022 Rad. 87703 SL1196/2022 M.P. Omar de Jesús Restrepo Ochoa que señala:

[...] el despido, por sí mismo, no es una sanción disciplinaria que requiera de

un procedimiento previo, a menos que el empleador así lo contemple en sus reglamentos, o que las partes lo convengan a través de la negociación colectiva, contrato de trabajo o cualquier otro pacto expreso.

De esta manera, entre otras sentencias, en la CSJ SL10297-2017 dijo:

Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual el despido no es una sanción y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago. 24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, si el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb. 2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.

Con base en lo anterior, esta Sala procederá a analizar si en el contrato de trabajo, en el reglamento interno de trabajo o la convención colectiva se pactó expresamente el despido como una sanción disciplinaria que amerite el cumplimiento de un procedimiento previo antes de efectuar el mismo.

Al descender al contrato de trabajo (fls.263-269 PDF00), en la cláusula novena se establecieron las justas causas para dar por terminado el contrato y en la misma no se acordó que para la terminación del contrato por la ocurrencia de una de estas causales, se debía agotar un procedimiento disciplinario previo, ni tampoco se estipuló el despido como una sanción.

En el reglamento interno de trabajo, obrante a folios 288-326 del PDF00, en el capítulo XIV establece la escala de faltas y sanciones disciplinarias, estipulando en el artículo 63 que *“El Banco no puede imponer a sus trabajadores sanciones no previstas en este Reglamento, en la Convención Colectiva o Laudo Arbitral, en el contrato de trabajo o en la Ley.”*; así mismo, en el artículo 64 se regulan las clases de faltas y sanciones, estipulando como sanción la suspensión. los artículos 65 y 66 del RIT, disponen que para la aplicación de una sanción disciplinaria debe escucharse en descargos al trabajador y una vez agotado dicho trámite, se comunica la sanción la cual es susceptible de recurso de apelación; pero en ninguna de estas normas se consagró el despido como una sanción; sin embargo, al verificar el capítulo XV, en el artículo 67 se disponen las justas causas de terminación del contrato de trabajo, y respecto a éste no se dispuso que para efectuar el despido se deba cumplir algún procedimiento previo.

Ahora bien, al examinar la Convención Colectiva de Trabajo Vigente 2014-2017 aportada como prueba al plenario con la respectiva constancia de

depósito ante el Ministerio del Trabajo, obrante a folios 23-93, en el artículo 26 se consagró el procedimiento disciplinario de la siguiente manera:

“(...) El proceso disciplinario se adelantará permitiendo el derecho de defensa del trabajador, cumpliendo el siguiente trámite:

1. Llamada a descargos:

Mediante memorando se le comunica al trabajador la presunta falta en la que ha incurrido, dando inicio en esta forma al trámite disciplinario. Se enviará este memorando dentro de los 60 días calendario contados a partir de la fecha en que el Banco tenga conocimiento del hecho por escrito, a través del superior inmediato del trabajador o de los superiores inmediatos de aquel. En dicha comunicación se le advierte al empleado que debe, en el término de quince (15) días calendario, presentar los descargos por escrito o verbalmente, a su escogencia, asesorando si lo considera conveniente por dos (2) representantes del sindicato al que esté afiliado (...).”

De lo anterior, se desprende que el trabajador es llamado a descargos dentro del trámite disciplinario cuando incurre en una falta, por ende, al no constituir la terminación unilateral del contrato de trabajo una sanción, los trámites descritos en la Convención colectiva le son inaplicables.

De lo expuesto, concluye la Sala que la sociedad BANCOLOMBIA S.A., no estaba obligada a cumplir con un proceso disciplinario de ninguna naturaleza, dentro del cual se prevea como una de sus etapas, realizar diligencia de descargos al trabajador con el objeto de finiquitar el vínculo laboral a la trabajadora ROMY GELIXA JÁCOME ÁLVAREZ, debido a que el despido no fue consagrado como una sanción disciplinaria, de tal suerte que ante la omisión de dicha ritualidad no es factible predicar la INEFICACIA del despido efectuado y el eventual reintegro de la demandante, dando con ello, respuesta en forma desfavorable a lo alegado por la parte activa, procediendo entonces la Sala a verificar si se comprobaron las justas causas alegadas por la sociedad demandada para dar por terminado en contrato de trabajo, acápite en el cual, se aclarará los lineamientos actuales de la jurisprudencia sobre el derecho de defensa y contradicción.

Terminación del contrato.

La normatividad laboral permite poner fin a la relación laboral en forma unilateral, ello no implica que su decisión esté cubierta por el ordenamiento, incluso cuando es caprichosa o arbitraria. La terminación del contrato debe ser justa, razonable y proporcionada, como también debe ser presente e inmediata al conocimiento del hecho.

Además, cuando se termina el contrato unilateralmente, el trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y al empleador le corresponde probar su justificación, manifestando de forma expresa e inequívoca los motivos concretos, o la causal o causales que invocan como motivo de la ruptura y no puede sorprender a la otra alegando motivos extraños que no adujo o

distintos a lo expresado como justificación de la terminación, o declarar causales inciertas o genéricas; el no cumplir con esos formalismos básicos hace posible la indemnización correspondiente a la ruptura ilícita del contrato laboral.

En conclusión, para que el despido se tenga por justificado, no basta que existan los hechos que se encuadran en una cualquiera de las justas causas consignadas en la ley, sino que, es necesario cumplir otros requisitos con el fin de exonerar al empleador del pago de una indemnización, que son: (i) Que el hecho se encuentre tipificado en la Ley, (ii) que el empleador al momento del despido, le manifieste a su trabajador cuáles son los hechos que se le atribuyen y que en criterio del empleador configuran la justa causa de despido. (iii) Que el despido se comunique oportunamente o con una relación de temporalidad o de causalidad clara entre el hecho constitutivo de la justa causa y la decisión del despido. (iv) sólo para las causales de los numerales 9º al 15 del art. 7º del Decreto Ley 2351 de 1965 que subrogó el art. 62 del CST, se exige al empleador presente preaviso.

Sobre el tema, se hace importante recalcar que en sentencia reciente proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de radicado SL2351-2020, se indicó la importancia de diferenciar el debido proceso previsto en el art. 29 de la Constitución Política acompañado de un proceso disciplinario previamente establecido con el derecho de defensa o el derecho que tiene el trabajador a ser oído respecto a los presuntos cargos que le imputa el empleador, en sus apartes pertinente señaló:

En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299 98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9º al 15º del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. **En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma**, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9º al 15º.” (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, la nueva postura de la Corte Suprema de Justicia, exige al empleador **escuchar mediante cualquier medio, método, actuación al trabajador para que exponga sus motivos o razones de la presunta causa que se le imputa**, todo ello con el fin de garantizar su derecho de defensa y contradicción, posición que actualmente aplica esta Sala, cuya interpretación es opuesta a la alegada por la parte actora, en la que asimiló

el procedimiento disciplinario al despido y que conllevaría a la ineficacia del despido, según lo explicado en precedencia.

En este orden de ideas, y teniendo como base que la actuación del empleador tuvo efectos, esto es, la terminación del contrato de trabajo fue eficaz, se procederá a estudiar si la misma lo fue con justa causa, como alega BANCOLOMBIA, o si, por el contrario, la señora JÁCOME ÁLVAREZ no incurrió en ninguna conducta que pudiera dar pie a su despido, determinando entonces la procedencia o no de la indemnización solicitada.

Por lo anterior se itera, de conformidad con lo previsto en el art. 167 del C.G. del P., al empleador le corresponde demostrar los presupuestos de la licitud y justificación del despido, cumpliendo 3 requisitos: que sea explícito, concreto y tempestivo, este último, hace referencia a su inmediatez, es decir, debe ser razonable so pena de que se considere que la falta ha sido condonada, perdonada o dispensada, como se desprende del artículo 10° de la Recomendación 166 de 1982 de la OIT, pues si deja pasar el tiempo aun teniendo conocimiento de la falta, renuncia al derecho de despedir, por grave que sea el hecho subsumible en la norma.

Pruebas.

De conformidad con la comunicación del 16 de enero de 2015, obrante a folios 15-21 del expediente digital PDF00, la empresa BANCOLOMBIA S.A., dio por terminado el contrato de trabajo de la demandante de conformidad con el artículo 62 del C.S.T, literal a) numeral 6, subrogado por el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, así como con el artículo 55 literales e, g y h, artículo 60 numerales 1, 2 y 11, artículo 62 numeral 4°, artículo 67 literales b) c), d) y f) del Reglamento Interno de Trabajo, así como lo dispuesto en Código de Ética del Banco, con fundamento en lo siguiente:

1. Que el cliente Víctor Paternina radicó un reclamo en el cual indica que desde la entidad se estaría divulgando información del saldo de su cuenta personal y de su empresa Residuales del Caribe S.A.S. a sus proveedores; y el 12 de diciembre de 2014 la entidad estableció que la demandante *en el ejercicio de sus funciones como auxiliar integral de servicios realizó 5 consultas injustificadas a la cuenta del cliente y 4 consultas injustificadas a la cuenta de la empresa de propiedad del cliente, desde su puesto de trabajo con el usuario de Medellín AUXOF59001 adscrito a su nombre.*
2. En resumen, los hechos fueron los siguientes: **(i)** Que el señor Paternina manifiesta que el día 14 de enero de 2014 giró el cheque 926201 por valor de \$45.000.000 para pago a un proveedor, este mismo día recibió una llamada de otro proveedor de nombre Willington Ojeda con quien tenía una factura pendiente indicándole que *no tenía excusas, que ya sabía cuánto saldo tenía en sus cuentas...***(ii)**

manifiesta el cliente que el día 24 de julio recibió una consignación en la cuenta corriente de su empresa por el valor de \$40.800.000 y el 25 de julio giró el cheque No.926283 de esta misma cuenta por valor de \$27.000.000 a favor del proveedor Carlos Bustamante..., que este mismo proveedor realizó una llamada al cliente indicándole que él conocía el saldo de sus cuentas que por favor le pagara el dinero restante a su deuda. **(iii)** Que, al verificar la información, se detectó que la demandante *realizó 05 consultas integrales en fechas cercanas a la transacción realizada con el cheque número 926283.* **(iv)** Que, en iguales circunstancias, el cliente recibió entre el 22 y 24 de octubre a la misma cuenta la suma de \$43.000.000 y el mismo proveedor lo contactó para decirle que conocía el saldo de su cuenta..., al realizar las validaciones, se detectaron 3 consultas realizadas por la trabajadora.

3. Que el 16 de enero de 2015 la trabajadora fue entrevistada por la Gerencia, y no dio las explicaciones necesarias para todas las consultas realizadas, pues el cliente indica que en ningún momento solicitó los saldos que menciono en la entrevista; además, que tampoco se registran transacciones realizadas en la sucursal donde presta los servicios.
4. Que la trabajadora incumplió claramente lo dispuesto en el código de ética sección 8. “INFORMACIÓN SUJETA A RESERVA Y USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA”, el cual indica en el numeral 8.2. “reglas para la protección y administración de la información sujeta a reserva” que todo funcionario de la organización debe “abstenerse de proporcionar información o suministrar documentación o datos de las operaciones realizadas por los accionistas, proveedores, clientes y demás consumidores financieros...”
5. Adicional a lo anterior, señaló que el día 15 de enero de 2015 debía reintegrarse de sus vacaciones las cuales fueron programadas por la misma trabajadora desde el 09 de diciembre de 2014 al 14 de enero de 2015, sin embargo, a pesar de haberle recordado mediante llamada telefónica del 14 de enero de 2015, manifestó que no conocía esa fecha y que se encontraba en otra ciudad y que se reintegraba el día lunes, incumpliendo las disposiciones del RIT, numeral 4º art. 62 y literal b) art. 67 dando lugar a la terminación del contrato con justa causa.

Con el fin de probar los hechos que configuran las causales alegadas por BANCOLOMBIA para la terminación del contrato de trabajo de la señora JÁCOME ÁLVAREZ, la entidad aportó los siguientes documentos:

1. La investigación (fls.203-210 PDF 00), en la que se suscriben las quejas presentadas por el cliente Víctor Paternina de fechas, **(1º)** 22 de abril de 2014 en la que manifiesta su inconformidad frente a la oficina

de Cúcuta (088) asegurando que se suministró información privada de sus cuentas a terceros sobre unos cheques girados; **(2º)** del 24 de octubre de 2014 donde asegura que se está brindando información de sus cuentas y productos empresariales y personales a sus proveedores en dos sucursales, diagonal Santander (cód. 590) y Cúcuta (Cód. 88) y sostiene que en la primera oficina la persona *“que está dando información es la asesora PYME ya que ella tiene una relación sentimental con su proveedor Carlos Bustamante”*, lo demás, hace referencia a los giros de los cheques y las llamadas de sus proveedores de conformidad con lo expuesto en párrafos anteriores.

2. En la validación registrada por la empresa, se dijo: *“No es posible realizar la verificación de las consultas ya que las imágenes de video de los puestos de trabajo de las funcionarias DEISY JAIMES SIERRA y ROMY GELIXA JÁCOME no se encuentran disponibles.”*

3. Dentro de las conclusiones y recomendaciones de la empresa están:

- Las funcionarias DEISY JAIMES SIERRA y ROMY GELIXA ALVAREZ de la sucursal Diagonal Santander, han venido realizando consultas integrales y de saldo al cliente en fechas cercanas y/o en las fechas indicadas por el cliente Víctor Segundo Paternina Pérez y detalladas en el informe.
- El cobro del cheque No.926283 por 27 millones el 25 de julio de 2014 por parte del señor Carlos Bustamante se realizó en la sucursal Diagonal a las 6:02 pm y ese mismo día se evidencia una consulta de saldo y varias consultas integrales a la empresa del cliente desde las 5:49 pm a 6:02 pm por parte de la empleada DEISY JAIMES SIERRA.
- El cobro del cheque No. 926201 por 45 millones el 14 de enero de 2014 se realizó en la sucursal Cúcuta a las 10:10 am y ese mismo día se consultó la cuenta de la empresa del cliente por parte de la empleada ROMY GELIXA JÁCOME.
- Que el señor Carlos Bustamante proveedor del señor Víctor Paternina tiene relación comercial con el señor Edward Fernando Rodríguez Archila cónyuge de la funcionaria ROMY GELIXA JÁCOME ÁLVAREZ.
- En validaciones con la directora de servicio Aura Liliana Palacios López, indicó que la asesora PYMES de la sucursal Diagonal es la empleada DEISY JAIMES SIERRA, funcionaria que el cliente denuncia.

- Recomendación de realizar conversatorio con las empleadas ROMY GELIXA JÁCOME ÁLVAREZ y DEISY JAIMES SIERRA.

A folios 255-261 PDF00 se adjuntó la liquidación del contrato, a folios 263-330 PDF00 se aportaron: el contrato de trabajo, el código de ética y el Reglamento Interno de Trabajo.

En este punto, se hace importante traer a colación, el documento allegado por la parte actora que constan de una carta suscrita y firmada por el señor Víctor Paternina fechada el 16 de enero de 2015 (PDF00-fls.95-101) y recibida por la entidad demandada el 20 de enero de 2015 oficina 6100 Regional Cúcuta, en la que manifiesta su inconformidad por el despido de la demandante, asegurando que para el momento de presentar las quejas, mencionó con nombres propios, los empleados que habían consultado sus cuentas y suministrado información a terceros, entre ellos: la señora DEISY JAIMES asesora Pyme quien aseveró informaba al proveedor Carlos Bustamante y un cajero de la oficina principal quien le pasaba información al señor Willinton Ojeda. De igual forma, aseguró que autorizó a la señora Roxy Jácome para que consultara sus cuentas y los saldos, por lo que, la decisión tomada por BANCOLOMBIA le parecía “apresurada e injusta”. Informó que, en las fechas mencionadas (14 de enero 18 de julio de 2014), acudió a la oficina ubicada en la Avenida Diagonal con la asesora Roxy Jácome para preguntar por sus cuentas, consultar movimientos, pedir cambios de teléfonos para que los proveedores no lo llamaran, solicitar información de una solicitud de préstamo y su deseo de abrir otra cuenta para separar las personales con las de la empresa; que la señora Roxy le colaboró con su problema y sugirió llamar a la línea 018000912345, que el 24 de octubre de 2014 llamo telefónicamente a la asesora Roxy, para que le informara de manera urgente sobre un movimiento respecto a sus cuentas y que ese mismo día puso la queja.

También dice que conoció la carta del despido y que le preocupó el hecho de que el banco no aceptó las explicaciones dadas por la señora Roxy en las que, aclara y asegura, le dio autorización para que consultara sus saldos y movimientos de sus cuentas, consideró que el banco debía llamarlo, indagarlo para preguntarle si era cierta la autorización; en su sentir, la terminación del contrato fue “...injusto...”, afirmó que, *“Esta persona creo que estaba cumpliendo con lo que yo mismo le solicitaba pues cuando iba al banco era con ella con quien yo estaba y solicitaba la información me asesoro de lo que debía hacer ante esta queja que yo tenía y sin nombrarla a ella en ninguna de mis quejas termina siendo ella la supuesta responsable de esto, sin darle ningún crédito de veracidad ante sus respuestas de las fechas en las que aparecían estos registros...”*.

También se recibieron las siguientes declaraciones:

La señora **María Fernanda Linares Ángel** gerente de Bancolombia en la Oficina del CC Ventura Plaza manifestó bajo la gravedad de juramento que,

la trabajadora Romy Jácome fue despedida el 16 de enero de 2015 y que previo a ello, se le entrevistó donde confesó que había consultado las cuentas del cliente Paternina, quien había presentado queja porque estaban dándole información a sus proveedores; que no conoce la carta que radicó el cliente porque asegura que no estaba en la sucursal donde fue presentada.

La demandante **Romy Gelixa Jácome Álvarez** manifestó bajo la gravedad de juramento que, fue la asesora comercial del señor Víctor Paternina quien en varias ocasiones le solicitó información sobre sus cuentas, sobre los saldos, que, a petición del mismo, modifico el número de teléfono para que sus proveedores no lo llamaran a acosarlo ya que tenían los saldos de sus cuentas; aseguró que el 18 de julio de 2014 ingresó a las cuentas del cliente por petición del mismo; que el 24 de octubre de 2014 asesoró al cliente respecto a la queja que debía presentar por suministro de información a sus proveedores, insistió en que la información siempre se la dio al cliente de forma personal, que le pedía que mirara las cámaras para mayor seguridad; que el día que se reintegró de las vacaciones la llamaron y solo le hicieron una pregunta: ¿Qué relación tenía con Carlos Bustamante?, a lo que respondió que no tenía ninguna relación, aseguró que con el despido le vulneraron el debido proceso; aseguró que siempre ha dicho que consultó las cuentas del señor Paternina porque era su asesora; afirmó que ha sentido persecución por parte del empleador con la llamada que le hicieron antes de regresar de las vacaciones y otras situaciones; aseguró que las vacaciones las programó hasta el lunes 19 de enero de 2015, que el empleador le debía unos días y que por ese motivo regresaba de su viaje el día lunes. Que conoce el código de ética y que la empresa le pagó las prestaciones al momento del despido.

La señora **Gloria Esperanza Gélvez Silva** manifestó bajo la gravedad de juramento que, es gerente y representante legal de Bancolombia de Unicentro, que, para la fecha de retiro de la demandante, tenía el cargo de líder de servicio de la Zona Norte de Santander; que tiene conocimiento que la demandante fue despedida en enero de 2015 porque a un cliente se le viola su reserva bancaria, *“no es que se le entrega la información a terceros”*, que participó el día de la entrevista que se le hizo a la señora Romy Jácome a quien se le expuso los hechos relatados en la queja presentada por el cliente, que en la entrevista estuvieron ella como jefe de servicio, Aura Liliana Palacios directora de servicios de la oficina y la trabajadora, que se enfocaron principalmente en la queja presentada por el cliente, y le preguntaron si ella había realizado las consultas a las cuentas del cliente, que Romy aceptó haber consultado las cuenta del cliente, que con ello, se demostró que no cumplió con el procedimiento del banco, porque no se encontró documento escrito donde el cliente autorizara las consultas a su cuenta personal y a la de la empresa.

Que luego el Banco verificó en el sistema, el registro que la trabajadora había realizado esas consultas en las fechas indicadas en la queja desde el equipo y mediante su código. Afirmó que no tiene conocimiento si otro empleado ingresó a las cuentas del cliente. Dice que según el procedimiento de

investigación se le debe dar respuesta al cliente sobre el estudio realizado, pero no le consta ni leyó esa respuesta dada.

Señaló que cuando se presenta una queja por violación a la reserva, se determina qué empleado realizó la consulta, donde se le recuerda que las consultas a los clientes deben hacerlas de forma personal en la oficina, a través de la línea 01800 o mediante la sucursal virtual personas, personalmente deben presentar el documento solicitando la consulta y se evidenció que no existe ese documento, además, que el cliente no se acercó a las oficinas, por lo que, se concluyó que al aceptar que consultó las cuentas incumplió el proceso.

Advirtió que, en la entrevista, también se le preguntó porque no se había reintegrado después de las vacaciones, y manifestó que se le habían presentado unas dificultades en el transporte y que por ese motivo regresaba el 19 de enero. Que la entrevista se hizo verbal pero que se levanto un informe al respecto. Aseguró que como líder de servicios tuvo conocimiento de la queja, pero nunca tuvo en sus manos el escrito del reclamo y desconoce si el cliente mencionó nombres de empleados.

La señora **Rosa Ángela Lizarazo Gallo** manifestó bajo la gravedad de juramento que, es analista de relacionamiento humano para la zona Norte de Santander en Bancolombia desde el 13 de febrero de 2012, que tiene conocimiento que la demandante fue desvinculada el 16 de enero de 2015 posterior a una investigación realizada por el banco, que la causales fueron *“violación a reserva bancaria y no presentarse a su puesto de trabajo”*, que conoció la investigación pero no participó en la entrevista, que la queja la presentó el cliente Víctor Paternina, que conoce a Deisy Jaimes porque es asesora de Pyme en la sucursal de la Diagonal y era quien manejaba las cuentas del quejoso, que no tiene conocimiento si entre el cliente y la señora Romy había una relación, supone que también lo asesoraba porque es cliente de la organización; asegura que la demandante hace parte de los cargos de escalafón y por lo tanto es beneficiaria de la convención colectiva. Que en la convención colectiva no existe procedimiento para terminación del contrato por justa causa, que el procedimiento usado es realizar la investigación, llamar a la trabajadora a una entrevista y luego el banco toma la decisión; que a la señora Romy se le citó en ese momento para la reunión y respondiera las preguntas; aseguró que la trabajadora ya tenía varios llamados de atención; afirmó que a todos los trabajadores se les entrega la programación de las vacaciones y el certificado se puede expedir por el sistema; que la señora Romy Gelixa tenía conocimiento que debía reintegrarse el 15 de enero de 2015 y no lo hizo. Aseguró que a la señora Romy no se le llamó el día anterior para que se reintegrara de las vacaciones sino el mismo día para preguntarle porque no se había presentado. Que no le consta que el cliente Paternina hubiese presentado la queja directamente contra la señora Romy Jácome. Que tiene conocimiento que el día en que se realizó la entrevista a la trabajadora, ese mismo día fue despedida. Que le consta que en la investigación se evidenció que a través del código asignado a Romy Gelixa, se hicieron las consultas a las cuentas del cliente, además, a través de las

imágenes de seguridad se estableció el tiempo de la consulta y que ella estaba en ese momento en su puesto de trabajo. Que no le consta que la señora Romy le hubiese dado la información de las consultas a terceros.

El señor **Gabriel Rodríguez Jaimes** manifestó bajo la gravedad de juramento que, trabajó en Bancolombia hasta diciembre de 2015 en el cargo de asesor comercial, aseguró que fue compañero de la demandante, que para el momento de su despido acababa de regresar de las vacaciones, que la llamaron el mismo día a la oficina en gerencia y le entregaron la carta de terminación del contrato, que trató de ayudarla con el sindicato porque en su sentir, la empresa vulneró el debido proceso, porque no la citó a descargos; que no conoció al cliente Paternina y nunca lo atendió; que cuando un cliente llega a la oficina y pide información de la cuenta, se le pide la cédula pero que nunca se llena un documento para realizar ese trámite, porque no hay necesidad de diligenciar ningún formato, solo con la identificación se entrega la información; que cuando un cliente tiene pendiente un estudio de crédito se puede dar información telefónicamente.

Valoración Probatoria

De las pruebas anteriormente relacionadas, como quiera que la acusación de la pasiva se fundamenta en una inadecuada valoración probatoria, conviene recordar que a la luz del art. 61 del CPT y de la SS, en los juicios del trabajo, los jueces pueden formar libremente su convencimiento “...*inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal observada por las partes*” (Ver sentencia SL15058-2017 CSJ).

En este orden de ideas, si bien el artículo 60 del mismo ordenamiento impone la obligación de analizar todas las pruebas oportunamente allegadas, los juzgadores están facultados para darle mayor valor a cualquiera de ellas sin sujeción a la tarifa legal, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad *ad substantiam actus*.

Así las cosas, los documentos aportados por las partes gozan de plena validez y fueron incorporados al expediente en debida forma, al no ser tachados de falsos, los cuales valorados en conjunto con las declaraciones practicadas en audiencia, se puede concluir que la decisión de primera instancia fue acertada y se ajusta a la normatividad aplicable y jurisprudencia vigente, respecto a que BANCOLOMBIA no demostró las justas causas del despido, conforme a los siguientes argumentos:

Respecto a la conducta “*acceso a información confidencial de las cuentas del señor Paternina como persona natural, como de su empresa Residuales del Caribe SAS como persona jurídica de la cual es propietario y la vulneración grave a la divulgación de datos confidenciales de uno de los clientes del banco*”, se deduce de las pruebas documentales que, el cliente Víctor Paternina era atendido generalmente por las asesoras comerciales Deisy

Jaimes y la demandante Romy Jácome, que el cliente presentó la queja en forma telefónica en la que mencionó que la presunta consulta de sus cuentas y suministro de información a sus proveedores los realizada la asesora PYMES y que la directora Aura Palacios López confirmó que a la empleada que denunciaba el cliente era Deisy Jaimes Sierra; además, se encontró que las dos empleadas habían consultado las cuentas del quejoso durante las fechas manifestadas y que Carlos Bustamante proveedor del señor Víctor Paternina tenía relación comercial con el señor Edward Fernando Rodríguez Archila cónyuge de la funcionaria ROMY GELIXA JÁCOME ÁLVAREZ, razones por las cuales, en la investigación se recomendó realizar conversatorio con las dos empleadas.

De dicha investigación no existen pruebas sobre las supuestas conversaciones a la empleada Deisy Jaimes, tampoco los testigos traídos por la parte pasiva, tiene conocimiento sobre el contenido específico de la investigación y sobre la participación de la señora Deisy Jaimes en la conclusión de la entidad; la señora **María Fernanda Linares Ángel** gerente de Bancolombia en la Oficina del CC Ventura Plaza dice que la demandante confesó en la entrevista que había consultado las cuentas del cliente y que por ese motivo, era la única persona que suministraba la información a los proveedores del cliente quejoso, sin embargo, dicha afirmación no puede ser aceptada por cuanto la misma no estuvo presente en la mencionada entrevista, ya que ésta fue en practicada en forma verbal y dentro del plenario no existe soporte físico de algún tipo de informe sobre la misma, según lo afirmó la señora **Gloria Esperanza Gélvez Silva**, quien para la fecha tenía el cargo de Líder de servicio de la Zona Norte de Santander y estuvo presente realizando las preguntas y quien reiteradamente aseveró que no había leído el reporte de la investigación, que no tenía conocimiento de la participación presunta de otra empleada en la investigación y que junto a la directora de servicios de la oficina Aura Liliana Palacios, la indagación a la trabajadora estuvo encaminada a preguntarle que había pasado respecto a los hechos relatados por el cliente en la queja, que según ella, sólo hacían referencia a la violación de la reserva bancario y *“no es que se le entrega la información a terceros”*.

Además, la presunta “confesión” en la que tanto insiste el apoderado judicial de la parte pasiva, contrario a generar efectos adversos y perjudiciales a la trabajadora, indica coherencia lógica en su dicho al ratificar cada vez que se le pregunta sobre las consultas a las cuentas del cliente Paternina que sí las consultó y que siempre fue por petición expresa y autorizada por el mismo cliente.

Aunado a ello, se reitera una vez más, que la entrevista surtida por las señoras Gloria Esperanza Gélvez Silva y Ana Liliana Palacios hacía la demandante el día de su despido, estuvieron encaminadas a verificar si la trabajadora consultó o no, las cuentas del cliente quejoso, hecho que fue aceptado por la parte actora tanto en la investigación como en juicio, luego entonces, la petición del recurrente respecto al interrogante *“¿Cómo hubiera hecho el Banco, entonces, para probar esa violación grave a la divulgación*

de datos confidenciales en contra del cliente mencionado?”, debía ser resuelta por la entidad en forma conjunta con las presuntas implicadas sin omitir ninguna participación, puesto que las dos asesoras, eran quienes tenían acceso a las cuentas del cliente y quienes consultaron dichas cuentas en las fechas reportadas, aun, teniendo en cuenta, que el señor Víctor Paternina en la carta radicada el día 20 de enero de 2015, aseguró que el actuar del banco fue injusto, ya que él mismo autorizo a la demandante Romy Jácome para que consultara sus cuentas, que ella fue quien le colaboró para presentar la queja y quien en reiteradas ocasiones le pidió modificar su línea telefónica para que los proveedores no lo llamaran.

Ahora, si lo pedido hace referencia a la confesión ficta o presunta, se hace necesario recordar que ésta debe ser declarada por el juez de primer grado, así como los hechos sobre los cuales pesa a efectos que la parte concernida pueda controvertir con posterioridad lo así probado, luego entonces, en este caso, lejos de que el Juez de primer grado omitiera la presunta confesión respecto a la relación entre el proveedor y la demandante, lo que hizo fue valorar en forma integral las pruebas, aplicando la sana crítica y las reglas de la experiencia, para concluir que no existía certeza y validez en las afirmaciones de la contestación de la demanda que lograra demostrar que por el hecho de la existencia de una la relación comercial sostenida entre el señor Carlos Bustamante proveedor del señor Víctor Paternina con el señor Edward Fernando Rodríguez Archila cónyuge de la funcionaria ROMY GELIXA JÁCOME ÁLVAREZ, ésta última fuera la responsable de la divulgación de las cuentas y movimientos bancarios del cliente Paternina, declararlo de esta manera constituiría un prejuzgamiento sin causa alguna, que vulnera la buena fe y el derecho de contradicción de la atacada, aun, teniendo como base del fundamento, que también se reportó suministro de información hacia otros de los proveedores, el señor Willinton Ojeda, sobre el cual el cliente Paternina reportó quejas.

En otro de los puntos de inconformidad del apelante, hace referencia a la carta presentada por el cliente Paternina el 20 de enero de 2015 y sobre la cual, ninguna de las testigos tenían conocimiento, pero que fue aportada, decretada y aceptada válida por las partes sin tacha de falsedad; el recurrente dice que dichas afirmaciones son *“sospechosas y dudosas y de ninguna manera desvirtúan la presunción anteriormente explicada”*, sin embargo, se hace preciso indicar que, el cliente aseguró que sí dio autorización a la demandante para que ingresara a sus cuentas y movimientos bancarios, que ella fue quien le colaboró en la situación acontecida y éste hecho no puede llegar a constituir una retractación de la queja como lo asegura el apelante, puesto que en la misma no existió una acusación directa hacia la trabajadora, además, porque la presentación 4 días después del despido no es un hecho relevante de análisis por conducta sospechosa y/o dudosa, pues conforme a las manifestaciones, el cliente pedía que fuera llamado durante la investigación para que ratificara lo dicho por la trabajadora al momento del despido, esto es, que la autorización para el ingreso de sus cuentas fueron previas a las consultas.

En consideración a ello, lo manifestado por los testigos respecto a la presentación de formularios o documentos para verificar las autorizaciones del cliente sobre el ingreso a sus cuentas, tampoco se probó, brilla por su ausencia pruebas al respecto, y lo manifestado por el testigo **Gabriel Rodríguez Jaimes** quien tiene conocimiento de causa por haber realizado las mismas funciones de la demandante, logra desvirtuar lo dicho, al señalar que *“cuando un cliente llega a la oficina y pide información de la cuenta, se le pide la cédula pero que nunca se llena un documento para realizar ese trámite, porque no hay necesidad de diligenciar ningún formato, solo con la identificación se entrega la información”*.

Bajo estas consideraciones, los argumentos sostenidos por el apoderado judicial de la pasiva no gozan de asidero jurídico y la decisión proferida en primera instancia deberá ser confirmada.

Por otra parte, **la segunda** conducta endilgada por el empleador a la trabajadora *“faltar al trabajo sin justa causa”*, el Juez A quo consideró que en la empresa demandada existían dos normas que consagraba las consecuencias de dicha conducta una más gravosa que la otra, razón por la que, en aplicación al principio de favorabilidad e *in dubio pro operario*, la empresa debió aplicar la menos gravosa contenida en el RIT Art. 64 literal b); el apoderado judicial de la pasiva, arguye que el operador judicial no es el competente para determinar que norma debe aplicar el empleador.

En consideración a ello, se tiene que el art. 64 literal b) del RIT dispone: “Se establecen las siguientes clases de faltas y sus **sanciones disciplinarias**, así...b) La inasistencia al trabajo durante la jornada, sin justa causa, cuando no genere perjuicio de importancia a la empresa, implica por la primera vez, suspensión en el trabajo, hasta por ocho (8) días; de la segunda vez en adelante, suspensión en el trabajo hasta por dos (2) meses.” Y el Artículo 67 RIT. **Se califican como graves y dan, por tanto, lugar a la terminación del contrato por decisión unilateral del Banco, por justa causa...**las siguientes: “...b. Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del Banco, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar de trabajo.”

El principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución y en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que en caso de duda o conflicto sobre la aplicación e interpretación de las normas o fuentes formales de Derecho prevalece la más favorable al trabajador.

Esto es, dicho principio opera ante la presencia de dos o más interpretaciones razonables **frente a una misma norma vigente y aplicable**, en este asunto se ajusta de mejor forma a los intereses de la trabajadora en el marco de los contratos de trabajo en especial, al reglamento interno de trabajo que consagra las dos disposiciones, además armoniza con las disposiciones adjetivas a que se hizo referencia, esto es, que la empresa demandada no demostró fehacientemente que el regreso de las vacaciones de la trabajadora

era el 15 de enero de 2015 y no el 19 del mismo mes y año, que ante dicha afirmación, la demandante alega que el tiempo lo había programado para regresar el 19 de enero; así mismo, las declaraciones rendidas por los testigos de la parte pasiva, señalan que no era “normal” que se llamara telefónicamente el día anterior al trabajador para que se reintegrara a la empresa, hechos por los cuales, esta Sala considera que la decisión de primera instancia es ajustada y se acompasa con los derechos fundamentales y garantías del trabajo y protege en mayor proporción a la trabajadora, además, la terminación de la justa causa por faltar un día al trabajo no es proporcionada como sí lo es, la medida disciplinaria contentiva en el mismo RIT.

Decisión.

En este sentido, el problema jurídico quedará resuelto en forma desfavorable a la entidad demanda BANCOLOMBIA, al no estar plenamente probado que la señora ROMY GELIXA JÁCOME ÁLVAREZ hubiera cometido las conductas endilgadas, por lo que, no es posible afirmar justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo, en consecuencia, el despido fue injustificado, razón por la que, se confirmará la decisión proferida por el Juez A quo.

Referente a la condena en concreto, debe darse aplicación al artículo 38 de la CCT, el cual establece lo siguiente:

“En casos de terminación unilateral por aparte de EL BANCO de un contrato de trabajo a término indefinido, sin justa causa comprobada, se pagarán al trabajador despedido las indemnizaciones previstas en el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 50 de 1990, así:

- a. Con un incremento del cincuenta por ciento (50%) cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio continuo no mayor de un año.
- b. Con un incremento del ochenta y cinco por ciento (85%) si el trabajador tuviere un tiempo de servicio superior a un año y menor de die años. (...)”.

Por su parte, el mencionado numeral 4º del artículo 6º de la Ley 50 de 1990 establece lo siguiente para la indemnización por despido injusto:

4. En los contratos a término indefinido, la indemnización se pagará así:

a) Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año;

b) Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción;

Así las cosas, teniendo en cuenta la suma calculada en primera instancia, de conformidad con el tiempo de servicios de 4 años 6 meses y 6 días, a la demandante le asiste el derecho en principio a percibir la suma de \$4.999.700 que aumentando el 85% de la CCTV arroja un resultado de \$9.249.480, valor

que deberá ser indexado al momento del pago total; decisión de primera instancia que deberá ser CONFIRMADA.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada y a la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a \$400.000 a cargo de BANCOLOMBIA y a cargo de la demandante y en favor de la demandante ROMY GELIXA JÁCOME ÁLVAREZ y la demandada conforme a lo dispuesto al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada proferida por la Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 26 de junio de 2021 por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante y la parte demandada por no haberles prosperado el recurso de alzada, fijando como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a \$400.000, a cargo de la demandante y demandada y a favor de cada una de ellas.

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. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-02-2018-00065-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18468
JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: NELSON DAVID NAVA CORREA
ACCIONADO: UGPP
ASUNTO: APELACIÓN
TEMA: REAJUSTE DE PENSIÓN DE INVALIDEZ

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, **treinta** (30) de Junio de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, conforme a lo dispuesto a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA de fecha 8 de febrero de 2019, dentro del proceso ordinario laboral bajo radicado No. 54-001-35-05-002-2018-00065-00 y Partida de este Tribunal No.18468 promovido por el señor **NELSON DAVID NAVA CORREA** contra **LA UGPP**.

,

I. ANTECEDENTES

El demandante interpuso demanda ordinaria laboral contra la UGPP y pretende que se le reconozca la pensión convencional de invalidez de acuerdo a lo establecido en la CCTV en TELECOM resolución de la Junta Directiva JD0012-1992 y al principio de la condición más beneficiosa; a la reliquidación y pago de la pensión desde el 15 de enero de 2001, al pago de las diferencias, al pago de \$158'787.490 por concepto de actualización de las mesadas pensionales atrasadas, al pago de una mesada pensional para el año 2017 de \$6'601.657 y a la condena en costas procesales.

II. HECHOS

Para sustentar las pretensiones de la demanda, el demandante se fundamenta en que nació el 24 de julio de 1963, que prestó sus servicios para TELECOM desde el 6 de junio de 1990 hasta el 23 de febrero de 2008 ultima data en la que quedó en firme el despido como aforado sindical, completando un tiempo de casi 18 años de servicio. Que también prestó en años anteriores, servicios a la fuerza militar y al sector privado; que el último cargo desempeñado para TELECOM fue de TECNICO; Que el 14 de enero de 2001 sufrió un accidente automovilístico que le dejó como secuela una paraplejia alta nivel dorsal. Que fue calificado con una PCL del 86% de origen común y con fecha de estructuración del 14 de enero de 2001 mediante dictamen No. 976 del 1º de enero de 2001 expedido por la JRCN de Norte de Santander. Que CAPRECOM le reconoció la pensión LEGAL de invalidez con resolución No. 02276 del 27 de septiembre de 2011, en cuantía de \$1'084.000 efectiva desde el 1º de febrero de 2006 y que fue reliquidada

en diferentes ocasiones, siendo la última por la UGPP mediante resolución RPD 023488 del 24 de junio de 2016. Que al momento del accidente, era trabajador activo de TELECOM y beneficiario de la CCTV; Que solicitó el 5 de junio de 2017 el reconocimiento de la pensión convencional de invalidez ante la UGPP y esta entidad negó la prestación mediante resoluciones RDP 036186 del 19 de septiembre de 2017 y RDP 044922 del 29 de noviembre de 2017.

III. RESPUESTA DE LA DEMANDADA:

LA UGPP contestó la demanda a través de apoderado judicial, oponiéndose a todas las pretensiones y aceptando algunos hechos, alegando que lo pretendido por el demandante está encaminado a que se le reliquide la pensión de invalidez, teniendo en cuenta el 75% del último salario, de conformidad con lo ordenado en el Manual de Prestaciones Económicas y Sociales de TELECOM, resolución de Junta Directiva JD0012 de 1992, Capítulo VIII de Pensiones, incorporados en las convenciones colectivas de TELECOM, vigentes a la fecha de estructuración de la invalidez. Que la pensión de invalidez no se encuentra contemplada como modalidad de pensión convencional, toda vez que la adenda modificó el alcance del art. 2º de la CCTV de la que se infiere claramente quienes son los beneficiarios de dicha Convención, excluyendo a los pensionados por invalidez. Que las CCT se suscriben en consideración a las particulares condiciones existentes en la respectiva negociación colectiva, las cuales, no pueden alterarse en beneficio de uno de los contratantes, menos, generar misturas ajenas a la voluntad de las partes, por lo que es claro entonces que ni en dicha convención ni en la adenda de la misma, se contempló el beneficio convencional para quienes estén reconocidos con pensión de invalidez de carácter legal. Propuso como excepciones de fondo la prescripción de mesada y factores salariales y la inexistencia de la obligación.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 08 de febrero del 2019, **ABSOLVIÓ** a la UGPP de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante y **CONDENÓ** en costas procesales a la parte demandada.

La decisión anterior la fundamentó teniendo que de las pruebas aportadas al plenario, se acreditó que la pensión de invalidez reconocida por CAPRECOM hoy UGPP a favor del demandante, fue la establecida en las normas legales vigentes para la época, sobre las cuales, el IBL y el monto de reemplazo se encuentran reglados en el Decreto 3135 de 1968, el art. 46 del Decreto 1045 de 1978 y la Ley 100 de 1993, las cuales fueron aplicados en debida forma por la entidad demandada.

V. ARGUMENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El demandante quien actúa en nombre propio, interpuso recurso de apelación alegando que la UGPP en todas las resoluciones ha reconocido y liquidado la mesada pensional de invalidez legal, pero que de acuerdo con la Ley 100 de 1993, la prestación no llega

más arriba del 62%, luego entonces, es errado el argumento sostenido por el Juez A quo cuando dice que la tasa de reemplazo era del 75%.

Que la UGPP desconoce flagrantemente la pensión convencional por invalidez, que para el caso concreto, al contar con una PCL superior al 75%, el monto o tasa de reemplazo que debe ser tomada en cuenta es el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Que al momento de estructurarse la PCL, esto es, en el año 2001, era beneficiario de la convención colectiva de trabajo, puesto que se encontraba con contrato vigente y TELECOM no había sido liquidada.

Que los derechos reclamados emanan directamente de la convención colectiva y no de la ley, luego entonces, en aras de la aplicación de los principios de favorabilidad, la condición más beneficiosa e indubio pro reo, tendrá derecho a la aplicación directa de la convención.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

En audiencia de segunda instancia celebrada el día 28 de noviembre de 2019 (fls.182-184), las partes presentaron sus alegatos de la siguiente manera:

La parte demandante quien actúa en nombre propio, ratificó lo solicitado en el recurso de apelación, solicitando que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

(1º) solicita dar aplicación a las sentencias SU445 del 2019, SU267-2019 y SU241-2015 en el sentido de señalar, que los operadores judiciales tienen la obligatoriedad de la aplicación a los principios de favorabilidad y la condición más beneficiosa en aras de escoger entre una norma legal y una norma convencional y que para el estudio de este asunto, deberá dársele prevalencia a lo dispuesto en la norma convencional para el momento en que se causaron los derechos.

(2º) Que, conforme a los hechos narrados, se demostró que ingresó a TELECOM en el año 1990 y en el 2001 sufre un accidente de tránsito donde lo calificaron con una PCL del 86%; luego, por causa de la liquidación de TELECOM, la supresión del cargo se dio el 23 de febrero de 2008 junto con el levantamiento del fuero sindical.

(3º) Que, al realizar un resumen de la historia jurídica de TELECOM, dice que esta entidad primero fue un establecimiento público y las relaciones laborales se regían por pactos colectivos, luego con el Decreto 2123 de 1992 la empresa cambia su naturaleza jurídica a EICE, quedando todos los empleados en calidad de trabajadores oficiales; que mediante un acto administrativo emitido por la junta directiva de TELECOM, el número JD0012 de 1992 se recopiló todos los alcances de los beneficios laborales, salariales, pensionales y prestacionales desde que eran establecimiento público, señalando que dichas disposiciones jurídicas quedaban inmersas en las Convenciones Colectivas de Trabajo según se indica en el art. 333 de la mencionada circular, recogiendo de esta manera, lo previsto en el art. 22 del Decreto 3135 de 1968; decisión que quedó plasmada en las convenciones colectivas de 1996-1997 en adelante según lo prevé el art. 2º.

Posteriormente, en el año 1998 la empresa y el sindicato firmaron una ADDENDA al art. 2º de la CCTV en el que se tocó meramente las pensiones de vejez pero no modificó ni las de invalidez ni sobrevivientes.

(4º) Con fundamento en lo anterior, dice que solicitó la pensión de invalidez ante CAPRECOM, pero ésta fue reconocida aplicando la normatividad legal con respecto a la liquidación, esto es, la Ley 100 de 1993 arts.36 y 40 y el Decreto 1158 de 1994 para los factores salariales. Luego, después de varias reliquidaciones, la UGPP para el año 2016 reconoce una tasa de reemplazo del 64% sobre el promedio de los últimos 10 años junto con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994; ante dicha liquidación, presentó reclamación solicitando la reliquidación, pero en aplicación a la norma convencional vigente para la fecha del accidente, que señala un 75% como tasa de reemplazo sobre el promedio del último año de servicios. Que la UGPP mediante resolución del 2017 negó lo pedido, bajo el argumento de que las pensiones de invalidez y sobrevivientes no se encontraban dentro de la CCTV porque la ADDENDA no las mencionó.

(5º) Dice que el Juez A quo erró en la interpretación de la demanda, las pretensiones y en la valoración probatoria, al concluir que lo pedido era otra pensión de invalidez, que la inicialmente pagada había sido liquidada por el 75% del IBL y que los factores salariales no habían sido aportados, cuando de las pruebas allegadas, se puede observar lo contrario.

De los expuesto, solicitó que se acceda a todas las pretensiones incoadas en la demanda.

La apoderada judicial sustituta de la UGPP ratificó los argumentos de la contestación de la demanda, solicitando confirmar la decisión de primera instancia, en el sentido de tenerse en cuenta lo resuelto por el comité de conciliación de la entidad, al encontrarse evidenciado la carencia de objeto porque el demandante no cumple los requisitos exigidos por la norma convencional para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez; dice que para el mes de septiembre del año 2011, CAPRECOM reconoció la prestación a favor del actor conforme a la Ley 100 de 1993 arts. 38 y 39 y CAPRECOM la reliquido en el 2016, no siendo procedente reconocer 2 pensiones que cubran el mismo riesgo, según lo dispuso el art. 6º de la resolución que establece la incompatibilidad de esta clase de pensiones.

VII. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico.

De conformidad con los fundamentos sostenidos por el Juez A quo y el demandante, el problema jurídico a resolver es el siguiente:

Determinar si la pensión de invalidez reconocida al demandante, debe ser reliquidada según el art. 333 del Manual de Prestaciones Económicas y Sociales de Telecom, Resolución de Junta Directiva JD0012 de 1992 capítulo VIII de pensiones, incorporados en las convenciones colectivas de TELECOM que transcribió lo dispuesto en el art. 3135 de 1968, esto es, con una tasa de reemplazo del 75% sobre el promedio del último año del último salario devengado, teniendo en cuenta igualmente, lo estipulado en la Addenda del

art. 2º de la CCTV de 1996-1997, tal como lo asegura el actor, o por el contrario, la prestación reconocida es de origen LEGAL y deberá ser liquidada según lo estipulado en los arts. 21 y 40 de la ley 100 de 1993 como aseguró la UGPP y lo avaló el Juez A quo.

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 por lo que, se tendrán en cuenta los derechos ciertos e indiscutibles favorables al demandante.

Caudal Probatorio.

Se tendrán en cuenta los documentos debidamente allegados al plenario tanto por el demandante como por la parte demandada de conformidad con los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S.

Objeto de la Litis.

Pese al farragoso discurso sostenido por el Juez *A quo* para negar las pretensiones del demandante, es posible derivar que el reproche del recurrente, en lo fundamental, se dirige a cuestionar la aprobación que realizó éste operador judicial, respecto a la normatividad aplicable por la UGPP para determinar el monto de la mesada pensional de invalidez, esto es, los arts. 21 y 40 de la Ley 100 de 1993 referente al IBL y la tasa de reemplazo, pues, en su parecer, la entidad demandada debía remitirse para tal efecto, a los arts. 330-333 del Manual de Prestaciones Económicas y Sociales de Telecom, Resolución de Junta Directiva JD0012 de 1992 Capítulo VIII de pensiones, además, de lo estipulado en la ADDENDA al art. 2º de la CCTV de 1996-1997.

Hechos Acreditados.

Así es que, no existe discusión en que CAPRECOM hoy la UGPP le reconoció pensión de invalidez de origen común a partir del 1º de febrero de 2006, prestación que fue reconocida aplicando la normatividad legal vigente para la fecha de estructuración (1 de enero de 2001), esto es, la Ley 100 de 1993 en su versión original; además, desde la primera resolución No. 0221 del 27 de septiembre de 2011, la mesada pensional ha sido reliquidada en 4 oportunidades, por causas diferentes, entre las cuales están, el reajuste del salario, cumplimiento de una sentencia judicial y la última, por incremento en las semanas de cotización, al realizar la sumatoria de aportes realizados al ISS hoy Colpensiones.

De esta manera, la resolución RDP 044922 del 29 de noviembre de 2017 vista a folios 39-42 y 178-180 del expediente, resolvió aclarar que la pensión reconocida a favor del actor era de CARÁCTER LEGAL y no CONVENCIONAL y dejó en firme la decisión dispuesta en la Resolución RDP 023488 del 24 de junio de 2016 respecto al monto de la mesada pensional, la cual se determinó de la siguiente manera:

1. Que el actor acreditaba un total de 7139 días equivalentes a 1019 semanas.
2. Que la JRCI de Risaralda calificó al demandante con una PCL del 86%, estructurada el 14 de enero de 2001 mediante dictamen No. 976 del 1º de enero de 2001.
3. Que en aplicación al art. 40 de la Ley 100 de 1993 la tasa de reemplazo equivale a un 62% sobre el IBL conformado por los salarios sobre los cuales ha cotizado o aportado en el periodo del 25 de febrero de 1998 hasta el 24 de febrero de 2008 conforme al art. 21 de la Ley 100 de 1993.
4. De igual forma, actualizó el valor de la mesada pensional conforme al IPC anual actualizado por el DANE, arrojando una mesada pensional efectiva a partir del 25 de febrero de 2008 en \$1'863.058 con efectos fiscales del 7 de septiembre de 2012 por prescripción trienal.

De lo anterior, el demandante insiste en el recurso de alzada, que por ser beneficiario de la CCTV y encontrarse activo laboralmente con TELECOM para la fecha de la estructuración de la invalidez (14 de enero de 2001), la norma que regula la pensión de invalidez es la de CARÁCTER CONVENCIONAL, consagrada en los arts. 330-333 del Manual de Prestaciones Económicas y Sociales de Telecom, Resolución de Junta Directiva JD0012 de 1992 Capítulo VIII de pensiones, la cual, por vía a lo dispuesto en el artículo 2º de la Convención Colectiva 1.996-1.997, debe ser aplicada al presente evento.

Al respecto, la Convención Colectiva aportada en su artículo 2 señala:

Artículo 2: VIGENCIA DE NORMAS EXISTENTES

*Quedan vigentes las normas existentes que consagren derechos en beneficio de SITTELECOM de ATT y de los trabajadores de LA EMPRESA, que **consten por escrito en la Constitución Nacional, leyes, decretos, contratos individuales, convención colectiva**, las cuales quedan incorporadas a esta convención en cuanto no resulten modificadas por ésta.*

Por su parte, los aludidos artículos 330-333 del del Manual de Prestaciones Económicas y Sociales de Telecom, Resolución de Junta Directiva JD0012 de 1992 Capítulo VIII de pensiones, normatividad allegada a los diligenciamientos señala:

“Art. 331. Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido al empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, ha perdido en un porcentaje no inferior al 75% su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual....

(...)

Art. 333. La pensión de invalidez se liquidará así: cuando la incapacidad sea superior al 95%, la pensión será del 100% del salario devengado al momento del retiro.

Si excede del 75% sin pasar del 95% la pensión será del 75% del último salario Devengado”.

Aclarado el tema central objeto de debate, y antes de resolver el aludido Problema Jurídico, debe advertir la Sala a que el Decreto 3135 de 1968, reglamentario del Decreto 1848 de 1.969, reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales pertenecientes a los ministerios y establecimientos públicos del orden nacional y tuvo el carácter de norma general y derogatoria de la legislación anterior.

El Decreto 3049 de 1968 reorganizó el Ministerio de Comunicaciones, derogó expresamente las normas que homologaban las prestaciones sociales de los empleados de las entidades adscritas con las del Ministerio de Comunicaciones: los artículos 94 del decreto ley 1635 de 1960 para los empleados de TELECOM, el artículo 22 del decreto 3267 de 1963 para los empleados de ADPOSTAL y el 41 de este último decreto para los de INRAVISION.

En ese orden de ideas, la aludida normatividad para el caso de la pensión de invalidez aplicable a los trabajadores del sector de telecomunicaciones del país, contenida en la aludida normatividad señalaba:

Pensión de invalidez

ARTÍCULO 60.- *Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que se halle en situación de invalidez, transitoria o permanente, tiene derecho a gozar de la pensión de invalidez a que se refiere este capítulo.*

ARTÍCULO 61.- *Definición.*

1. Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido el empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, a perdido en un porcentaje no inferior al setenta y cinco por ciento (75%) su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesional a que se ha dedicado ordinariamente.

2. En consecuencia, no se considera inválido el empleado oficial que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al setenta y cinco por ciento (75%).

ARTÍCULO 62.- *Calificación de la incapacidad laboral.*

1. La calificación del grado de invalidez se efectuará por el servicio médico de la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado oficial que pretende el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

2. En defecto de dicha afiliación esa calificación se hará por el servicio médico de la entidad o empresa empleadora.

3. Las entidades y empresas oficiales que no tengan servicio médico, deberán contratar dicho servicio con la Caja Nacional de Previsión Social, para la calificación a que se refiere este artículo.

ARTÍCULO 63.- *Cuantía de la pensión. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el segundo salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:*

a. Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.

b. Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar de noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual.

c. Si la incapacidad laboral es del setenta y cinco por ciento (75%), dicha pensión será igual al cincuenta por ciento (50%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual, si fuere variable.

Ahora, la ley 100 de 1993 por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, estableció que el régimen general de pensiones, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional", respetando los derechos adquiridos de quienes en disposiciones legales o convencionales anteriores a la fecha de vigencia de esta ley, tuvieran cumplidos los requisitos para acceder a una pensión, estuvieran pensionados o con derecho a sustitución pensional o pensión de sobrevivientes (Art. 11).

Excluyó del sistema anterior a las personas mencionadas en el artículo 279, entre las cuales no se encuentran los servidores del sector de comunicaciones, identificados en el aparte anterior pertenecientes al Ministerio de Comunicaciones, a las entidades adscritas o vinculadas como TELECOM, ADPOSTAL, INRAVISIÓN y CAPRECOM ni a ninguna de las demás que se consideren parte del sector.

Por tanto, a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones se aplica también a los servidores del sector de comunicaciones.

En ese orden de ideas, debe advertir la Sala que los aludidos artículos 330-333 del Manual de Prestaciones Económicas y Sociales de Telecom, Resolución de Junta Directiva JD0012 de 1992 Capítulo VIII de pensiones, **es simplemente una reproducción de la normatividad aplicable a los trabajadores de TELECOM para dicha calenda**, cuyo objetivo, era el de establecer mecanismos de eficiencia en las Entidades del Estado y la consecución de eficiencia en la Gestión de Recursos Humanos que requieran de la existencia de normas de fácil acceso y oportuna consulta, pero en modo alguno puede entenderse dicho compendio como una fuente creadora de derechos extra legales, aplicable a dichos trabajadores del sector de las telecomunicaciones.

Así las cosas, de la simple lectura del artículo 2º de la Convención Colectiva 1996-1997, concluye esta Corporación, que el aludido Manual de Prestaciones de TELECOM (Acuerdo JD-0012 de 1.992), no adquiere el membrete de norma de rango constitucional o legal, ni tampoco puede entenderse como un conjunto de disposiciones que puedan incorporarse a los contratos de trabajo de los trabajadores de la empresa o a las convenciones colectivas de trabajo suscritas, para de esta forma predicar que el mencionado Acuerdo suscrito por la Vicepresidencia de Recursos Humanos de TELECOM, contenga un régimen especial y excepcional de pensiones, entre estas, el reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez de la extinta empresa de telecomunicaciones del país.

Al respecto, la H. Sala Laboral de la Corte Suprema Justicia, en Sentencia SL 623 de 2022, al resolver el caso del reconocimiento de una pensión de vejez de un trabajador de la extinta TELECOM, por vía de la aplicación del aludido Acuerdo JD-0012 de 1.992, señaló:

*Así mismo, el discurso de los recurrentes gravita en que, la Resolución JD0012 de 30 de enero de 1992, que corresponde a la adopción que efectuó la Junta Directiva de Telecom del manual de funciones y desarrollo de recursos humanos y el manual de prestaciones (f.º 128 a 141), estableció en su artículo 326, la prestación aquí reclamada, sin sujetarla al régimen de transición, **y en criterio de los atacantes, luego fue incorporada a la convención colectiva 1996-1997.** Contempla la mencionada resolución JD012 de 1992:*

Artículo 326. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (Ley 33/85, artículo 1).

Por su parte, el artículo 2, de la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1997 (f.º 93), contempló:

Artículo 2. VIGENCIA DE NORMAS EXISTENTES.

Quedan vigentes las normas existentes que consagren derechos en beneficio de SITTELECOM de ATT y de los trabajadores de la EMPRESA, que consten por escrito en la Constitución Nacional, leyes, decretos, contratos individuales, convención colectiva, las cuales quedan incorporadas a esta convención en cuanto no resulten modificadas por esta.

Vistos estos documentos, no es cierto que la aludida resolución JD-0012 de 30 de enero de 1992, haya creado un derecho extralegal al margen del régimen de transición, pues como lo describió el colegiado, lo único que hizo fue compendiar las normas que estaban vigentes en ese momento que regulaban la situación laboral y pensional de los trabajadores de Telecom, por eso, en el artículo 326, transcribió lo ordenado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, como lo apuntó allí entre paréntesis, sin hacer alusión a ningún régimen de transición, por cuanto ese acto administrativo se expidió en 1992.

Para dar mayor luz al asunto, es pertinente memorar lo plasmado en los considerandos de la citada resolución JD 0012 de 30 de enero de 1992:

Que dentro de las políticas del Gobierno Nacional se encuentra la de establecer mecanismos de eficiencia en las Entidades del Estado.

Que la consecución de eficiencia en la Gestión de Recursos Humanos requiere de la existencia de normas de fácil acceso y oportuna consulta.

Que es necesario descentralizar algunos procesos para reforzar la autonomía en la gestión de las Gerencias Regionales.

RESUELVE:

ARTÍCULO 1o. Adoptar las disposiciones contenidas en el Manual de Administración y desarrollo de Recursos Humanos y en el Manual de Prestaciones.

ARTÍCULO 2o. Facultar al Presidente de la Empresa para modificar o adicionar las disposiciones contenidas en dichos manuales.

Lo precedente es útil para reafirmar que, en el artículo 326, no se creó ninguna prestación, pues en el pluricitado manual, plasmado en la resolución JD 0012 de 30 de enero de 1992, solo se compilaron y sistematizaron las normas vigentes en la calenda de 1992, con el fin de lograr la «eficiencia en la Gestión de Recursos Humanos[que] requiere de la existencia de normas de fácil acceso y oportuna consulta».

En consecuencia, no se abre paso la propuesta de la censura, según la cual, sin ser beneficiarios del régimen de transición tendrían derecho a la pensión reclamada, pues, se itera, la que solicitan a partir de ese manual, es la legal que consagraba el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, cuya vigencia solo se predicó de quienes cumplieron las limitantes legales y constitucionales del régimen de transición, sumado a lo contemplado en la adenda ya estudiada, en la que expresamente se alude a esa calidad.

Por tanto, no se configuró yerro manifiesto y protuberante. En consecuencia, el cargo no prospera.

Así las cosas, concluye la Sala, que la normatividad aplicable por CAPRECOM y LA UGPP para el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen común a favor del actor, se encuentra ajustada a derecho, siendo ésta la Ley 100 de 1993 en su versión original, en especial, los arts. 21 y 40 consistentes en la determinación del IBL y la tasa de reemplazo.

Por otra parte, frente a la aplicación de postulados tuitivos del derecho laboral, cumple recordar que el **principio de favorabilidad** previsto por el artículo 53 de la CN, opera cuando el juzgador se enfrenta a la disyuntiva respecto de la aplicación de dos normas que, siendo válidas y estando vigentes, regulan la misma situación fáctica, lo cual implica que debe optar por aquella que más favorezca al trabajador.

A su turno, **el in dubio pro operario** tiene aplicación es bajo el supuesto de existir para el fallador de instancia dos o más interpretaciones sólidas contrapuestas respecto a la norma aplicar, lo que significa que no es cualquier choque hermenéutico el que da lugar a aplicar la intelección más favorable para el trabajador, sino aquel originado a partir de dos o más intelecciones firmes y bien fundamentadas o estructuradas que provengan del mismo juez. (CSJ sentencia del 15 feb. 2011, rad. 40662).

Solución del PROBLEMA JURÍDICO.

En este orden de ideas, el problema jurídico planteado quedará resuelto en forma desfavorable al demandante, CONFIRMANDOSE en todas sus partes la sentencia

apelada proferida por el JUEZ SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA de fecha 8 de febrero de 2019, pero por las razones expuestas en esta PROVIDENCIA.

Se CONDENARÁ en costas procesales de segunda instancia al demandante por no haberle prosperado el recurso de alzada según lo previsto en el numeral 1º del art. 365 del CGP y se fijarán las agencias en derecho a su cargo en la suma de \$300.000 y a favor de la UGPP según lo previsto en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 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,

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada JUEZ SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA de fecha 8 de febrero de 2019, pero por las razones expuestas en esta PROVIDENCIA.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia al demandante por no haberle prosperado el recurso de alzada según lo previsto en el numeral 1º del art. 365 del CGP y FIJAR agencias en derecho a su cargo en la suma de \$300.000 y a favor de la UGPP según lo previsto en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del CSJ Sala Administrativa.

NOTIFÍQUESE.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'José Andrés Serrano Mendoza', with a large, stylized flourish at the end.

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2.022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2020-00006-01
RADICADO INTERNO:	19.811
DEMANDANTE:	REINALDO OMAÑA HERRAN
DEMANDADO:	PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 06 de abril de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

El señor REINALDO OMAÑA HERRAN interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las A.F.P. PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A, solicitando que se declare la nulidad absoluta e ineficacia de la afiliación y traslado que realizó al Fondo de Pensiones COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., con la que se generó cambio de régimen pensional, así como la nulidad absoluta de la respuesta que niega el traslado proferida por COLPENSIONES y se ordene su regreso automático al RPMPD. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que, en el término improrrogable de un mes a partir de lo ejecutoria de la sentencia, se trasladen de los Fondos de Pensiones demandados a COLPENSIONES, todos los aportes cotizados, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con los rendimientos que se hubieren causado, y en el mismo término se realicen todos los trámites a que haya lugar para que quede afiliado al RPMPD. También solicitó que se declare que las cotizaciones que continúe realizando se efectúen con destino a COLPENSIONES.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que nació el 13 de enero de 1.958 y se afilió al ISS para el régimen de pensiones a partir del 05 de mayo de 1.988.

- Que en julio de 1.996 sostuvo una charla informal y rápida con un asesor del fondo privado COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., en la que se le vendió la idea de que el ISS se iba a liquidar, que trasladándose a ese fondo se podía pensionar a cualquier edad, que la cuantía de su pensión iba a ser mayor y si no quería pensionarse le devolvían la totalidad de los dineros depositados, con intereses a la tasa más alta del mercado. Que en razón a la engañosa, ineficiente y no verídica asesoría fue inducido a error y efectuó el cambio de régimen el 29 de julio de 1.996.

- Que al momento de trasladarse de régimen el asesor de COLPATRIA S.A. no le suministró información sobre las etapas del proceso de cambio de régimen, ni una asesoría completa e integral sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional y no lo instruyó sobre la proyección de lo que sería el monto de su pensión. Que tampoco le informó de forma completa cuales eran los beneficios que ganaba y lo que perdía con el traslado.

- Que ha cotizado al fondo de pensiones durante gran parte de su vida laboral por más de 5 salarios mínimos legales vigentes.

- Que solicitó a PROTECCIÓN S.A. una simulación de lo que sería su pensión y ese fondo dio respuesta mediante comunicación del 08 de julio de 2.019, informando el valor de \$392.338.717 como total de dinero depositado en la cuenta de ahorro individual a la fecha de pensión, \$51.696.768 como valor actual del Bono Pensiones, 1.763.456.62 mesada pensional, que si decide esperar hasta el 13/01/2020, fecha en que cumple 62 años, los valores serian con una fidelidad de cotizaciones del 100%: \$401.663.904 por el total de dinero depositado en la cuenta individual a fecha de pensiones, \$52.776.499 como Bono Pensional y \$1.845.128 como mesada pensional.

- Que a través de apoderado judicial el 06 de noviembre de 2.019 presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando traslado y cambio de régimen, y mediante escrito del 07 de diciembre del mismo año, esa entidad dio respuesta, por lo que se encuentra agotada la vía gubernativa.

- Que el 05 de noviembre de 2.019 presentó reclamación ante PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., solicitando la entrega de la totalidad de pruebas obrantes en su carpeta pensional, incluyendo la documental relacionada con el traslado a ese fondo. Que recibió respuesta de PROTECCIÓN S.A. el día 15 de noviembre de 2.019 y de PORVENIR S.A. el día 26 del mismo mes y año.

- Que según historia laboral de fecha 04 de julio de 2.019 expedida por PROTECCIÓN, a mayo de ese año había cotizado un total de 1.421 semanas.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento del actor, la fecha en que se trasladó de régimen pensional, que ha cotizado durante gran parte de su vida laboral por más de 5 salarios mínimos legales vigentes, así mismo, que se dio respuesta a la reclamación administrativa presentada por el demandante ante esa entidad el 06 de noviembre de 2.019 y que PROTECCIÓN el 04 de julio de 2.019 le expidió historia laboral. Sobre los demás hechos manifestó que no le constan y que hay circunstancias susceptibles de la fijación del litigio.

- Que se atiene a las resultas del proceso, pero que se evidencia que el demandante realizó el acto del traslado de régimen de forma libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre elección y cumpliendo con los requisitos legales. Que la carga de la prueba radica en cabeza del actor y que esa entidad no puede reconocer por vía de jurisprudencia prestaciones económicas que no estén consagradas en la ley, por lo que negó el traslado en virtud de que el actor se encuentra a menos de 10 años para pensionarse.

- Que la Superintendencia Financiera de Colombia en la Circular 019 de 1998 indicó que el afiliado que decida trasladarse de régimen o de administradora expresara su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o la nueva administradora y en Circular 016 estableció los mecanismos para que las A.F.P. realicen la asesoría a los afiliados a partir del 01 de octubre de 2016, fecha en las que mujeres de 42 años o más y los hombres de 47 años o mas no pueden trasladarse de régimen sin dicha asesoría, orden que no es retroactiva.

- Que cuando la A.F.P. no entrega la información pertinente a los afiliados ocasionando con el traslado del RPMPD al RAIS perjuicios económicos, esta entidad debe indemnizarlos de acuerdo a la responsabilidad profesional de las entidades financieras que realizan la actividad de gestión fiduciaria. Que las A.F.P. del RAIS no pueden reconocer, liquidar y pagar pensiones bajo el sistema del RPMPD, pero por falta de información son obligadas a reconocerlas bajo esa modalidad, por la no eficacia del traslado del afiliado, por lo que deben conmutar la respectiva pensión con COLPENSIONES, lo que está autorizado en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

- Que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso,

pues hasta el año 2016 las leyes para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado solo exigían el consentimiento de éste vertido en el formulario de afiliación e imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

- Que la existencia de circunstancias técnicas especiales de cada régimen pensional sugiere que los afiliados sean debidamente asesorados, lo que no puede interpretarse como una situación universal que invierta la carga de la prueba y desconozca las actividades, cotizaciones y movimientos financieros que a lo largo de la vida laboral le permiten al afiliado escoger acertadamente el régimen pensional.

- Que, si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del traslado, ello debe demostrarse y no puede considerarse a todos los afiliados como parte débil pues la misma ley previó distintos deberes en cabeza de estos, con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera.

- Que respecto al traslado de régimen la Corte hace una errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil al convertir la responsabilidad en cabeza de los fondos como objetiva, ya que este tipo de responsabilidad no aplica en estos procesos dado que los potenciales pensionados cuentan con el deber de asesorarse, aunado a que existen obligaciones legales del demandante según el Decreto 2241 de 2010 y obligaciones recíprocas en el contrato de afiliación, existiendo unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones y se entiende el silencio en el transcurso del tiempo como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, la cual solo se puede desvirtuar demostrando la preexistencia de una fuerza que hubiere viciado el consentimiento.

- Que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender a criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales, y la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS afecta dicha sostenibilidad y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

- Propuso las excepciones de mérito de: inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica, la innominada, prescripción, buena fe, 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 responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social y la de sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación.

La demandada AFP PORVENIR al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó:

- Que es cierto el hecho relacionado a la fecha del traslado de régimen pensional. Sobre los demás hechos manifestó que no le constan, que los mismos deben probarse y las pretensiones de la demanda deben negarse.

- Que no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial. Que el demandante actualmente no se encuentra afiliado a esa entidad y no es posible acceder a las suplicas de la demanda por falta de legitimación por pasiva.

- Que la parte demandante no realiza esfuerzo argumentativo y probatorio alguno para establecer qué clase de error alega, ni la entidad del mismo, para poder determinar si tiene la virtualidad de anular el consentimiento y se limita en un relato difuso e impreciso a endilgarle responsabilidad a PORVENIR, sin sustento probatorio alguno.

- Que las pruebas documentales que se aportan, en particular el formulario de vinculación o traslado suscrito por el demandante bajo la gravedad del juramento, donde se da constancia de que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, despeja cualquier duda acerca de la posible ocurrencia de un vicio de la voluntad, y hace necesaria la absolución esa entidad.

- Igualmente indicó que tan consiente y valida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección, y no lo hizo.

- Que además de los canales dispuestos por la Administradora y los extractos trimestrales, en el año 2004 realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, informando la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en las normas y la demandante no hizo uso de ese legítimo derecho.

- Que, al momento de realizarse la afiliación o traslado a esa entidad, no existía disposición en la ley 100 de 1993, que regulara expresamente la forma en que se debía dar asesoría para el cambio de régimen.

- Que debe considerar el despacho que el demandante después de muchos años demanda la nulidad de su traslado, cuando durante ese lapso, ya existía información decantada y accesible al público en general acerca de las diferencias e implicaciones de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional y además, se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen, del art. 2 de la ley 797/2003, pues se encuentra a menos de 10 años de la edad de pensión, lo que evidencia conformismo o en el peor de los casos, desidia sobre el asunto, no puede ahora alegar su propia torpeza.

- Que la Corte Constitucional ha trazado una clara línea jurisprudencial en las sentencias SU-062/2010, C-1024/2004 y SU-130/2013, en los eventos en los cuales les permitido a los afiliados trasladarse de regímenes en cualquier tiempo, sin estar sujetos a la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003 y esto no es aplicable al actor.

- Que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación, que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión y para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

- Que en el evento de acceder a las suplicas de la demanda debe considerarse que de conformidad con la sentencia SU62/2010 y el Decreto 3995/2008, es una carga del afiliado el cumplimiento del requisito de equivalencia, lo que implica que debe asumir la carga económica para subsanar las diferencias y lograr que se produzca el traslado entre regímenes.

- Propuso las excepciones de: falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

La demandada AFP PROTECCIÓN al contestar la demanda, a través de apoderado judicial manifestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento del actor, que este solicitó a ese fondo una simulación de lo que sería el valor de su pensión y el 08 de julio de 2.019 se le dio respuesta, así como que el demandante el 05 de noviembre de 2.019 presentó ante esa entidad reclamación solicitando la entrega de la totalidad de pruebas obrantes en su carpeta pensional y el día 15 del mismo mes y año se emitió respuesta, finalmente aceptó que esa entidad el 04 de julio de 2.019 le expidió historia laboral al actor. Sobre los demás hechos manifestó que no le constan.

- Que se opone a las pretensiones y esa AFP para proceder al reconocimiento del traslado está sometida al imperio de la ley y solo puede reconocer prestaciones respaldadas por los presupuestos legales. Que la afiliación a esa entidad viene precedida de una asesoría profesional y transparente suministrada por agentes con capacitación y exposición a un estudio profundo del sistema general de pensiones. Resaltó que no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen del demandante.

- Que el RAIS es un sistema reglado en la ley y no puede alegarse desconocimiento para afirmar que hubo inobservancia y transgresión al deber de información según lo contemplado en el artículo 9. ° del Código Civil.

- Que cuando se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige, solo el formulario de afiliación como única prueba solemne, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1.994, en concordancia con el artículo 3 de esta norma. Que la afiliación se efectuó libre de presiones, de manera voluntaria y espontánea, de acuerdo con los principios de libertad de la Ley 100 de 1.993.

- Que el término para ejercer la acción de nulidad de la afiliación se encuentra prescrito en los términos del artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002, pues desde la fecha de traslado de régimen a la de presentación de la demanda, han transcurrido más de 24 años y la acción ordinaria de nulidad invocada prescribe en el término de 10 años.

- Propuso como excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de obligación de devolver la comisión de administración y el descuento de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta a terceros de buena fe, y la innominada.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada contra la Sentencia del 06 de abril de 2.022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia en el sentido estricto de la afiliación del señor Reinaldo Omaña Herrán a la administradora de fondo de pensiones Colpatria S.A., hoy PORVENIR SA, suscrita el día 29 de julio de 1.996 por los motivos expuestos, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad no surte efecto.

SEGUNDO: Ordenar a la Administradores De Fondos De Pensiones Y Cesantías Protección S.A a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivos de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras con todo sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 174 del código civil, estos es los rendimientos que se hubieren 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 Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda aceptar el traslado del demandante 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 se hubiere causado, esto es las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensiones de vejez, por los gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 2060 de la ley 100 del 93 en que se hubieren incurrido, los cuales serán asumidos por su propio patrimonio, siguiendo las reglas del artículo 963 del código civil.

QUINTO: Condenar la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir SA en las costas del siguiente proceso, fijando como agencias en derecho en favor de la parte demandante la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: Remitir el expediente a la oficina judicial para que se surta el grado jurisdiccional de consulto teniendo en cuenta que se emite una decisión en contra de los intereses de Colpensiones SA de conformidad con el artículo 69 del C.P.L Y S.S.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que se relevó del debate probatorio el hecho de que el demandante se afilió inicialmente al Instituto de Seguro Social a partir del mes de mayo de 1.988, al cual se encontró afiliado hasta el 29 de julio de 1.996, momento en que se dio su traslado de régimen pensional a través de la Administradora de Fondos de Pensiones COLPATRIA S.A., hoy PROVENIR S.A., e igualmente, que el actor al interior del RAIS solicitó su traslado a PROTECCIÓN S.A. en el mes de abril del año 2.005, en donde se encuentra afiliado. Así mismo, que solicitó ante las demandadas en el mes de noviembre del año 2.019 su retorno al RPMPD, lo cual fue resuelto de manera negativa por parte de estas entidades.

- Que el litigio se fijó en determinar si al demandante le asiste el derecho al traslado o retorno del RAIS al RPMPD, para lo que se entra a verificar si el traslado que se produjo entre regímenes surtió efecto o es ineficaz, inexistente o nulo, frente a lo cual ese despacho sostiene una tesis positiva, teniendo en cuenta que la demandada PORVENIR S.A. no acreditó haber suministrado al actor la información necesaria para lograr la mayor transparencia al momento del traslado a través de elementos de juicios claros y objetivos para que el demandante pudiera escoger las mejores opciones del Sistema General de Seguridad Social en pensiones, por lo que resuelve dejar sin efectos las afiliaciones al RAIS y las subsiguientes que se hayan efectuado.

- Estudió la validez de la afiliación a los regímenes del sistema general de pensiones, a partir del análisis de las características del mismo dispuestas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, con especial énfasis en los literales: a) relativo a la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, b) que versa sobre la afiliación a uno u otro régimen pensional de forma libre y voluntaria, c) que consagra el derecho de los afiliados al reconocimiento y pago de las prestaciones, d) que estipula que la afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en la ley y e) en el cual según la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 del año 2.003 se señala que el afiliado se puede pasar de un régimen a otro, siempre que haya permanecido como mínimo cinco años en el régimen del cual quiere trasladarse, y no podrá cambiar de régimen pensional cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le dé derecho a la pensión.

- Resaltó los artículos 271 y 272 ibídem, en los que se establecen las consecuencias de atentar contra el derecho de afiliación de forma libre y voluntaria, se advierte que cuando se impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral esta quedara sin efecto y podrá realizarse nuevamente, y que el Sistema Integral de Seguridad Social no tendrá aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, siendo aplicables los principios del derecho laboral establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

- Destacó que la consecuencia por existir una indebida información al momento de una afiliación o de un traslado entre regímenes pensionales, es la ineficacia, como se señala en la sentencia SL 4360 de 2.019 de la Sala Labora de la Corte Suprema de Justicia.

- Señaló que el principio fundamental del consentimiento libre e informado surge de las características del Sistema General de Pensiones y del deber de información de la entidades administradoras de fondos de pensiones como instituciones financieras, a partir del cual los afiliados al Sistema están facultados para escoger libremente a que régimen se afilian, sin embargo si este carece de alguna de sus solemnidades, contiene un vicio en su producción, se realizó sin una debida información o con ausencia de esta, será posible declarar la ineficacia de los efectos de la afiliación o traslado.

- Que las administradoras de fondos de pensiones tienen la exigencia del cuidado de los intereses de quienes las elijan, el cual inicia desde las etapas previas y preparatorias para la formalización de la afiliación, durante la misma y cuando se

tenga el derecho del disfrute de las prestaciones, dada la confiabilidad de quienes van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o una eventual pensión de sobreviviente para sus beneficiarios.

- Que se entiende que dichas entidades tienen la obligación de prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones con fundamento en el artículo 48 constitucional, desarrollado en los artículos 90 y siguientes de la ley 100 de 1993, así como en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1.994, obligaciones que se deben cumplir de acuerdo a los establecido en el artículo 1603 del Código Civil y resaltó que las administradores de Fondo de pensiones tiene la carga probatoria para este caso, por lo que trajo a colación la sentencia del radicado 46292 del 18 de octubre de 2.017 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia SL1452 del 2.019.

- Recordó las etapas históricas del deber de información: deber de información necesaria, deber de asesoría y buen consejo y finalmente el deber de doble asesoría; el cual ha sido más riguroso con el transcurrir del tiempo e indicó que teniendo en cuenta que el traslado del demandante se produjo en el mes de julio de 1.996, se resalta la primera de las etapas mencionadas, señalando que la misma inicia conforme a lo consagrado en el artículo 97 del Decreto 663 del 93, en donde se estableció que las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizan, y que en el artículo 11 del Decreto 692 de 1.994 se estableció la obligación de que siempre que se realice afiliación a fondo de pensiones o traslado del RPMPD al RAIS se hace necesario suscribir formulario de afiliación, pero como se dijo en sentencia SL1452 del año 2019, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente prueba para acreditar el cumplimiento del deber de información.

- Al descender al caso concreto, sostuvo que se observa que se aportó al plenario el formulario de afiliación o traslado del RPMPD al RAIS del actor a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLPATRIA, del día 29 de julio de 1.996, el cual aceptan las partes fue suscrito dejándose plasmado que el traslado de régimen era de manera voluntaria, lo que no se encuentra debidamente acreditado con el acervo probatorio allegado y se tiene que PORVENIR S.A. no aportó elemento probatorio que acreditara que en este caso en particular suministró al demandante la información necesaria y relevante que llevara consigo la migración del régimen pensional bajo postulados claros y objetivos.

- Que del análisis del material probatorio se observa que el fondo de pensiones PORVENIR S.A. únicamente allegó pruebas documentales que dan cuenta de los aportes efectuados por el demandante durante el tiempo que duró afiliado a esa entidad previo a su traslado a PROTECCIÓN S.A., y del movimiento de su cuenta de ahorro individual, sin embargo, con estas documentales no se demuestra que PORVENIR S.A., antes COLPATRIA S.A., suministró la información que comprende las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute de una posible pensión, advirtiéndose las ventajas y desventajas respecto al cambio de régimen pensional, y el interrogatorio de parte absuelto por el demandante no logró el cometido de la confesión, pues de allí se sustrae que al actor solamente se le suministró información relacionada con las ventajas del RAIS y no se le informó sobre las desventajas para que pudiera tomar la mejor opción para sus intereses, por lo que en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, como de la negación indefinida realizada por el no suministro de información, le correspondía a la entidad a la que se le indilga, en este caso PORVENIR S.A., acreditar en juicio el cumplimiento de los requisitos impuestos por la jurisprudencia.

- Resaltó que la viabilidad del retorno al RPMPD no depende de situaciones particulares como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencias C-789 de 2.002 y C-1024 DE 2.004 porque conforme a la jurisprudencia actual la violación al deber de información puede darse si la persona tiene o no un derecho consolidado, es o no beneficiaria del régimen de transición, o está cerca o no de cumplir la edad para pensionarse. También expresó que las providencias citadas por PORVENIR S.A. para advertir la validez del traslado respecto a los actos de relacionamiento han sido proferidas por la Sala de Descongestión de la Sala Laboral de la Corte Suprema de

Justicia y con posterioridad han perdido vigencia y se ha decretado su nulidad por ir en contra del precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

- Indicó que por lo expuesto el traslado del RPMPD al RAIS del actor no surte efectos y teniendo en cuenta que esto conlleva el retorno del accionante al RPMPD en su estado original, se emiten las ordenes correspondientes para la devolución de todos los aportes que hubiere recibido la pasiva con motivo de la afiliación del demandante y por el incumplimiento al deber de información que le asistía se le condena asumir de su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado para la pensión de vejez conforme a la sentencia con radicación 31989 del 09 de septiembre de 2.008 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de acuerdo a la sentencia SL5686 del año 2.021 en donde se ha advertido que inclusive estos valores deberán reconocerse de manera indexada.

- Que de acuerdo con la jurisprudencia citada el traslado del régimen es uno solo y si resulta nula o ineficaz la primera afiliación que marca el traslado de régimen, las afiliaciones posteriores no convalidan la actuación viciada, ni ratificación el cambio de régimen que ocurrió por el engaño o la desinformación y quedarán sin valor.

- Señaló que por lo anterior despacha desfavorablemente las excepciones de mérito planteadas y respecto a la prescripción alegada manifestó que no procede para esta clase de pretensión por ser inherente al derecho fundamental de seguridad social.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que no es posible aceptar el traslado del demandante teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2.003 que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, porque al momento de admitirse la demanda ya había cumplido la edad requerida para pensionarse.

- Que la declaratoria de ineficacia no resulta procedente teniendo en cuenta que el traslado goza de plena validez, ya que el demandante lo realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1.993 y según el artículo 48 de la Ley 1328 de 2.009, y esa entidad no intervino al momento en que se brindó información al actor.

- Que la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2.004, resalta que el límite legal para trasladarse entre regímenes es razonable y admisible para el fin perseguido, que es evitar la descapitalización del régimen de prima media y defender la equidad del reconocimiento de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad.

- Que el actor ha estado en el RAIS por más de 25 años, ratificando su conformidad de permanencia en dicho régimen.

- Reiteró la excepción de prescripción.

3.2 De la parte demandada PROTECCION:

La apoderada de PROTECCIÓN interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que se revoque la sentencia teniendo en cuenta que no es procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más todos los rendimientos financieros generados porque son producto de la buena fe y gestión de su representada.

- Que no es procedente trasladar lo concerniente a lo descontado por seguro previsional toda vez que dicho porcentaje fue descontado con base en la Ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio quien es un tercero de buena fe, por lo que esa entidad está imposibilitada para recobrarlo y se da la inexistencia de la obligación de devolver esos conceptos.

- Que solo sea ordenada la devolución de los aportes mas no los rendimientos, por lo que no puede desconocerse que todo lo que ganó la cuenta de ahorro individual fue producto de esos rendimientos, el buen trabajo y las buenas gestiones de su representada.

3.3 De la parte demandada PORVENIR

La apoderada de PORVENIR interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que la sentencia se debe revocar haciendo énfasis a las condenas del numeral 4 y 5, señalando que de acuerdo al inciso final del artículo 964 del Código Civil, como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir y se le deben reconocer los gastos de administración, así como las comisiones de acuerdo a la Ley 100 de 1993, pues es la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos.

- Que para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que los mismo sucede con el seguro previsional debido a que ya prestó su servicio, lo que no se puede retrotraer, máxime cuando son terceros ajenos al proceso.

- Que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues consecuencia de la nulidad declarada se debe presumir que nunca existió afiliación al RAIS y al no existir esta tales rendimientos no se hubieran generado, no obstante, entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta de ahorro individual, pero no se entiende que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión de esa entidad, toda vez que gracias a su buena administración el afiliado a incrementado su capital, por lo que de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil se considera que frente los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, porque de mantenerse la decisión se afectaría de manera injustificada el patrimonio de su representada y se aumentaría de forma injusta el patrimonio de COLPENSIONES, y es deber de la judicatura velar por la protección patrimonial de las instituciones que conforman el sistema de seguridad social.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme en su integridad la sentencia de primera instancia, por encontrarse plenamente ajustada a derecho y por estar en consonancia y armonía con los reiterativos y recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, mediante los cuales reitera y ratifica las falencias, omisiones, engaños, falta de información, falta de doble asesoría y otros errores cometidos por los fondos privados al momento de inducir el traslado del afiliado al anterior Instituto de Seguro Social, a los fondos privados pertenecientes al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que los fondos privados no desvirtuaron o demostraron haber cumplido con el deber de asesoría e información y buen consejo que les asistía para convencer de manera cierta, precisa, verídica y clara a su prohijado en abandonar el régimen de prima media a costa de su derecho pensional, que predique llegar a considerar válida su decisión de afiliarse conscientemente al régimen de ahorro individual, teniendo la carga probatoria para tal efecto, tampoco demostraron que le hubiesen ofrecido o dado a su mandante la doble asesoría que les exige la Ley 1328 de 2009, el artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Que el actor fue convencido por el fondo privado creyendo que estaba adquiriendo una mejor oferta para su vejez, cuando realmente no fue así.

Que por el actuar irregular de los fondos privados aquí demandados, el traslado de que fue objeto mi mandante sin recibir la información suficiente y clara de lo que estaba en juego para su vida pensional, se torna ineficaz, tanto desde la amplitud del concepto, como desde el punto de vista estricto, lo cual debe ser corregido o sancionado aplicando lo establecido en el artículo 53 superior respecto de que La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, así como con lo previsto en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a que cualquier atentado contra el derecho del trabajador a su afiliación y libre selección a organismos del sistema de seguridad social no surte efecto o no es aplicable por menoscabar la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores.

• PARTE DEMANDADA

La apoderada de COLPENSIONES se revoque la decisión, proferida en primera instancia y se absuelva a su representada de las pretensiones del demandante, manifestando que esa entidad no está llamada a aceptar el traslado del actor, teniendo en cuenta que ha actuado conforme a las normas legales vigentes para el caso, y que por vía administrativa no lo pudo reconocer por falta de requisitos legales, por cuanto a la fecha, el traslado efectuado al RAIS, que se encuentra consolidado por el tiempo que el actor ha permanecido en ese régimen, tiene plena validez y se cobija bajo el derecho a la libre elección de régimen que se encuentra consagrado en el artículo 13, literal B de la Ley 100 de 1993 y el artículo 48 de la Ley 1328 del 2009, aunado a que se encuentra vencida la oportunidad legal para trasladarse porque el demandante ya está en el rango de edad para jubilarse.

Expresó que COLPENSIONES no tuvo ninguna intervención al momento de brindar información al demandante y que se debe probar que la información que se brindó al actor al momento de afiliarlo y del cambio de régimen, fue idónea y la suficiente para que la decisión de traslado fuera libre de vicios, lo que le corresponde a las A.F.P. PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

También señaló que la nulidad resultaría inoponible frente a terceros de buena fe, como es su caso, de donde se deriva la seguridad jurídica que pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional, en aras de evitar la descapitalización del fondo común del RPMPD y defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del RAIS. Reiteró la excepción de prescripción y se opuso a la condena en costas.

El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues la demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a

pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

Señaló que no está de acuerdo en devolver los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, porque se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital. Igualmente, que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado, no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, no obstante, lo anterior, la sociedad administradora de pensiones entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta individual, lo que no se entiende es que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión del Fondo de Pensiones. Que, además, debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución. También señaló, que las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual, se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato.

El apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A. solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a su representada, manifestando que la afiliación se efectuó libre de presiones, de manera voluntaria y espontánea, acorde con los principios de libertad de la Ley 100 de 1.993, como lo afirma el texto del formulario de afiliación.

Que cuando se realizó el traslado del RPMP al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige desde el año 2.008, que para esa época se encontraban vigentes las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 97 del Decreto 663 de 1.993 literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1.993 en su versión original y el artículo 1.º del Decreto 1161 de 1.994, disposiciones que 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 había producido el traslado en debida forma. Que el artículo 11 del Decreto 692 del 94 estableció como prueba única la suscripción de un formulario de afiliación y ese mismo decreto determinó su contenido, el cual era aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado del señor REINALDO OMAÑA HERRAN del RPMPD al RAIS realizado a través de la A.F.P. COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A.?, y de ser procedente, ¿si esto a su vez deja sin efecto las subsiguientes afiliaciones que el actor hizo dentro del RAIS a administradoras de fondos de pensiones y ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?.

8. CONSIDERACIONES

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del señor REINALDO OMAÑA HERRAN del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información

que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que desde la creación de las A.F.P. estas tenían el deber de suministrar información suficiente a los usuarios y a sus afiliados para que al momento de solicitar la afiliación a dichas entidades existiera un consentimiento informado que fuera realmente libre y voluntario, lo que no se demuestra con la sola suscripción del formulario, por lo que en ausencia de prueba que demostrara que efectivamente se brindó la debida información al demandante, consideró que el traslado entre regímenes no surtió efecto, por lo que ordenó la devolución de los aportes que el actor hizo al RAIS, con sus frutos e intereses, debiendo asumir PORVENIR S.A. las mermas que haya sufrido dicho capital.

Conclusión a la que se opone COLPENSIONES por estimar que el actor tenía capacidad para decidir su traslado, que al momento de admitirse la demanda ya había cumplido la edad requerida para pensionarse y que no es posible imponer esta consecuencia porque se genera una descapitalización del RPMPD.

Por otra parte, PROTECCIÓN S.A. advierte que no es procedente devolver la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más todos los rendimientos financieros generados y tampoco lo descontado por seguro previsional, porque los rendimientos son producto de la buena fe y gestión de su representada, y el porcentaje de seguro previsional fue descontado con base en la Ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio quien es un tercero de buena fe.

Por su parte PORVENIR S.A. alego que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, deben operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Para que un traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual adquiera plena determinación, dicha actuación debe contener un pleno acatamiento de este deber para que de esa decisión se pueda predicar la libertad y voluntariedad exigida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia sentada desde el año 2008 ha determinado que previo a su decisión, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar, porque de no ser así, bien por brindarse una incorrecta u omitirse la relevante, puede entenderse que existe un error que vicia su voluntad. En otras palabras, es posible predicar la ineficacia de la vinculación al RAIS por un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo

análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1º del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”*.

Prosigue la Corte identificando las normativas de diversa índole que se han proferido desde entonces para garantizar el cumplimiento de este deber a favor de los afiliados, imponiendo 3 puntos fundamentales:

(i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber *“de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”*, de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios

técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* y por lo tanto *“si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”*, máxime cuando el deber de información *“es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P. PORVENIR S.A., antes COLPATRIA S.A.; pues argumenta el demandante que al suscribir el formulario con el cual se dio el traslado de régimen pensional, no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y proyecciones de pensiones en ambos regímenes, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

El demandante manifestó que se afilió al RPMPD el 05 de mayo de 1.988 y que se trasladó del régimen mencionado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el día 29 de julio de 1.996, mediante afiliación a COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., y posteriormente, en razón a la engañosa, ineficiente y no verídica asesoría que lo indujo a error. También expresó que el 06 de noviembre de 2.019 presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando traslado y cambio de régimen. Así mismo, que el 05 de noviembre de 2.019 presentó reclamación ante PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., solicitando la entrega de la totalidad de pruebas obrantes en su carpeta pensional, incluyendo la documental relacionada con el traslado a ese fondo.

Del expediente se puede evidenciar que el actor estuvo inicialmente afiliado al RPMPD desde el 05 de mayo de 1.988; que desde agosto de 1.996 se trasladó de régimen pensional a través de su afiliación a la A.F.P. COLPATRIA S.A. y posteriormente dentro del RAIS realizó varios traslados entre Administradoras de Fondos de Pensiones (COLPATRIA, PORVENIR, BBVA HORIZONTE y PROTECCIÓN) según formularios de solicitud de vinculación, afiliación o traslado que reposan en el expediente, encontrándose con afiliación activa en la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. al momento de presentar la demanda. También se observa que en respuesta de fecha 20 de noviembre de 2.019 emitida por PORVENIR al señor VICTOR HUGO PAEZ SUZ (apoderado de actor), por el radicado 0106327018470500, esa entidad informa que: *“El valor de los aportes pensionales del señor Omaña fueron trasladados a la ING hoy Protección en virtud de la solicitud de traslado hacia dicha Administradora”*, así mismo, que esta demandada en certificado de fecha 30 de octubre de 2.020 a través del cual informa los datos del demandante es su cuenta de ahorro individual N° 1043689, deja constancia que en la vigencia 01/01/2002 a 31/05/2005 la entidad de traslado fue el Fondo de Pensiones Obligatorias ING.

Lo primero a destacar, es que las administradoras de fondos de pensiones COLPATRIA S.A. y HORIZONTE S.A. conforman hoy la A.F.P. PORVENIR S.A.¹; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva en cuanto a esta entidad. También se debe señalar que GRUPO ING en 2013 se fusionó con la A.F.P. PROTECCIÓN²; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva, al corresponder cualquier responsabilidad sobre la actual afiliación del actor a la aquí demandada.

Se resalta que en el expediente reposa el formulario de solicitud de afiliación y traslado al Fondo de Pensiones COLPATRIA con fecha de radicación 29 de julio de 1.996 que fue suscrito por el demandante y no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento en que el actor se trasladó de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor REINALDO OMAÑA HERRAN, no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario por medio del cual se trasladó de régimen pensional, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Como se explicó, no obra prueba alguna que dé cuenta si COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A, brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para agosto de 1.996 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía el referido con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo anterior, en su momento COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A, no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, pero sobre el momento del traslado solo reposa en el plenario el formato de vinculación suscrito, que se corresponde con un modelo pre-impreso, del que no se infiere con certeza que fuera estudiada la situación pensional particular del actor y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a REINALDO OMAÑA HERRAN, donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

¹ Ver reportes en prensa:

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1292961>;

<https://www.semana.com/empresas/articulo/fusion-entre-porvenir-horizonte/190254/>

² Ver reporte en prensa:

https://www.elcolombiano.com/historico/proteccion_prepara_cambio_de_imagen_tras_la_fusion_con_ing-FDec_223547

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales de los recursos de apelación de las demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debían enfocarse en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que para este caso le correspondía a PORVENIR S.A., respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

Por otra parte, sobre la prescripción alegada por la parte demandada, se advierte que, al tratarse el presente asunto de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su integro reconocimiento. Por lo tanto, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en los fondos privados por cambio de régimen pensional no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada.

Así lo ha expresado en diversos pronunciamientos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluye por ejemplo en providencia SL361 de 2019 que *“la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada”*; por lo que esta excepción no está llamada en prosperar.

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el demandante en el año 1.996, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral, donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Esto ha sido recientemente reiterado por la Sala de Casación Laboral en proveído SL2877 de 2020, donde se dijo:

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al

sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

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

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

por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., deberán devolver completamente 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 y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la demandada COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., incumplió su deber de información, hecho que genera consecuencias y efectos jurídicos, que han sido objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral en su Sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, que señaló:

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos**

recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).”

Respecto de lo señalado en la parte resolutive sobre que corresponde “a Porvenir S.A. asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado, esto es las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensiones de vejez, por los gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 2060 de la ley 100 del 93 en que se hubieren incurrido, los cuales serán asumidos por su propio patrimonio, siguiendo las reglas del artículo 963 del código civil”; la jurisprudencia citada ha sido enfática al indicar que estos deben ser asumidos por **todas** las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor.

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, a las AFP demandas, les asiste la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación, fue ineficaz, por lo cual, indistinto de lo afirmado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A., referente a que los descuentos se hicieron con fundamento jurídico, ya que es claro para esta Sala de Decisión, a partir de lo expuesto, que la ineficacia del traslado, genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y estas deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró cada afiliación.

En consecuencia, se modificará lo resuelto en el numeral cuarto de la providencia apelada y se condenará a las A.F.P. PORVENIR y PROTECCIÓN a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado y devolver a COLPENSIONES, todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 2060 de la ley 100 del 93, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre del demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliado el actor a cada una de estas.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

De lo anterior se desprende, que por los efectos ex tunc de la declaratoria de ineficacia, las AFP están llamadas a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Lo anterior, además, permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1.996 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por el actor pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto a los actos de relacionamiento, teniendo en cuenta que en el presente caso el actor dentro del RAIS realizó varios traslados a diferentes fondos de pensiones, es importante traer a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 2877 de 2.020 a través de la cual cita el pronunciamiento realizado por esa misma corporación en el rad. 31989 del 09 sep. 2.008, en el que precisó: *“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”*.

En el mismo sentido se pronunció la Sala de Descongestión Laboral, en sentencia SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, MP. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, en donde se precisó lo siguiente:

“Ahora, cabe puntualizar, que en este juicio la voluntad del demandante de cambiarse de régimen, no se ratifica con los cambios que el actor posteriormente hubiese efectuado en el RAIS con diferentes Fondos, ni siquiera si la última AFP Porvenir S.A. le brindó alguna información, dado que lo que produce la ineficacia del traslado es la actuación de la primera AFP Colfondos, que implica que deben «retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido», incluyendo lo referente a cualquier traslado entre Fondos, tal como se expuso en las decisiones CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ineficacia que, conforme a la aludida decisión CSJ SL1689-2019, implica que «desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis».

Es decir, que la ineficacia envuelve o consiste en estimar que el acto no se celebró y, por consiguiente, no puede producir efectos, en la medida que fue realizado en contravención a los mandatos legales y obviando los requisitos y presupuestos establecidos.

En ese orden de ideas, la falta de información no se subsana por los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en el régimen de ahorro individual con solidaridad.”

Al declararse para el presente caso la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, esta Sala acoge la postura adoptada en las sentencias SL 2877 de 2.020 y SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, por lo tanto, las cosas deben volver a su estado anterior y no se reconocen los distintos traslados entre fondos de pensiones que el actor realizó al interior del RAIS como actos de relacionamiento.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio y en primera instancia se condenó a PORVENIR S.A., quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones y ejerció su actividad procesal contra las mismas, por lo que resulta ser vencida en este asunto y contra ella procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala modificará el numeral cuarto de la decisión recurrida y deberá confirmar en los demás aspectos la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 06 de abril de 2.022. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor del actor, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada una de las demandadas.

9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

RESUELVE:

PRIMERO: Modificar el numeral cuarto de la providencia apelada, en el sentido de condenar a las A.F.P. PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado y devolver a COLPENSIONES, todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 2060 de la ley 100 del 93, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre del demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliado el actor a cada una de estas.

SEGUNDO: Confirmar en los demás aspectos la sentencia de fecha del 06 de abril de 2.022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio 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: 54-001-31-05-002-2020-00063-00

Partida Tribunal: 19601

Demandante: JORGE BUENO AZUERO

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

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta (30) 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 Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 09 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-002-2020-00063-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19601 promovido por el señor JORGE BUENO AZUERO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A. y COLFONDOS, 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 JORGE BUENO AZUERO demanda a las entidades anteriormente mencionadas solicitando principalmente que, previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** principalmente la NULIDAD de la afiliación efectuada a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerle de que se trasladara de régimen; Secundariamente se ordene el traslado de COLFONDOS a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, que se condene a las demandadas al pago por costas y facultades ultra y extra petita.

II. HECHOS

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

1. Qué nació el 06 de agosto de mil novecientos cincuenta y dos (1952).
2. Que se mantuvo afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, desde el mes de enero de 1977, hoy Colpensiones.
3. Que realiza traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A, a través de la firma del formulario de traslado realizada en el año dos mil (sic), 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 principales y secundarias, en el entendido que el demandante se afilió voluntariamente a COLFONDOS, 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 ECONOMICA, LA INOMINADA O GENERICA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN PARA RECLAMAR Y COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, COBRO DE LO NO DEBIDO POR FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA SU RECLAMACIÓN, LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE REGIMEN.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** indicó que se opone a la pretensión principal y secundaria incoadas por el demandante, ya que en el traslado efectuado inicialmente no existió vicio alguno que amerite o genere su nulidad o ineficacia y de accederse a las súplicas de la demanda, sería como que el demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual.

Como excepciones de mérito propuso las excepciones que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, AUSENCIA DE VICIOS DE CONSETIMIENTO, BUENA FE, INNOMINADA O LA GENÉRICA, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A., PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO.

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 09 de noviembre de 2021, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR, la ineficacia, en sentido estricto, de la afiliación del señor Jorge Bueno Azuero, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., suscrita el día 2 de abril del año 2003, 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 Colfondos 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 administrado por Colpensiones.

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

CUARTO: CONDENAR, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos 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 hubiere 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 Colfondos S.A., fijar 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 al afiliado al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado. En relación a lo anterior, para el despacho existió una afectación del derecho fundamental de dignidad del trabajador a una vida digna, con una pensión por un valor mucho menor de mantenerse en el régimen, donde se está saltando la libertad de voluntad de escoger libremente el fondo por la parte interesada del afiliado, que tenía derecho a recibir una información veraz.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la ineficacia del traslado no es procedente por estar fundamentada en la falta de información al afiliado, siendo que el demandante estaba capacitado para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen de acuerdo a la Ley 100 de 1993. Señaló, también, que el ISS –hoy Colpensiones, no participó en el traslado de régimen de la actora y no tiene ninguna responsabilidad en ese hecho.

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

Por último, enfatizó en la excepción de prescripción formulada en la contestación de la demanda y se mostró inconforme con la condena en costas y agencias en derecho, argumentando que COLPENSIONES actuó con buena fe y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandada Colpensiones presentó sus alegatos de conclusión, que se encuentran consignados en el 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 el demandante JORGE BUENO AZUERO el día 2 de abril del año 2003 a COLFONDOS 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 COLFONDOS S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES entidad a la que se encontraba afiliado con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Esto, conforme a la excepción de prescripción planteada por Colpensiones.
4. Por último, se revisará la condena en costas a Colpensiones.

ANÁLISIS PROBATORIO

A fin de resolver lo anterior, la Sala acatando lo normado en los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S., tendrá como pruebas los documentos debidamente allegados al plenario tanto por el demandante como por las entidades demandadas, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario. También se tomará en cuenta el interrogatorio efectuado al demandante en lo concerniente.

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por 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 COLFONDOS. 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 JORGE BUENO AZUERO para realizar el cambio advertido.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora

ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales, los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

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

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que el demandante JORGE BUENO AZUERO estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde el 24 de enero de 1977, hasta que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación al fondo de pensiones COLFONDOS S.A a partir del 02 de abril de 2003 suscribiendo formato de traslado N.º 8270694.

Revisando las pruebas allegadas al plenario, se evidencia que si bien en el formato visto a folio 45, en archivo PDF 00 del expediente digital, el cual fue suscrito por el demandante, se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, considera la Sala que estas calidades de la decisión no se encuentran demostradas, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de COLFONDOS S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró al demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

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

Reiterándose que, le correspondía a dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, 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 del actor, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva COLFONDOS.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo al demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada COLFONDOS S.A, 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 al demandante JORGE BUENO AZUERO 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 COLFONDOS S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el demandante el día 02 de abril de 2003, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS 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 COLFONDOS, 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 la afiliada hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, sumas estas que se encuentran bajo la custodia de las Administradoras, y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos,

porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

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

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

Así las cosas, no queda otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en cuanto condenó a la demandada a devolver *“al sistema, todos los valores, que hubiera recibido, con motivo de la afiliación, de la actora, como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos los frutos e intereses, como lo dispuesto, en el artículo 1746 del Código Civil. Esto es con los rendimientos, que se hubieren causados, en virtud del regreso automático, al régimen de prima media, con prestación definida.”*

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

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

excepción de prescripción formulada por la demandada AFP COLPENSIONES, y que fue materia de inconformidad por esta, la cual se procede a denegar su prosperidad bajo los siguientes razonamientos.

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

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

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

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

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

condiciones más beneficiosas.

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

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

COSTAS PROCESALES

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

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto dichas entidades fueron vencidas en el proceso, a su cargo deberán imponerse las costas.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y COLFONDOS, 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 Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 09 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, 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 COLFONDOS, S.A., y en favor del demandante.

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. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de junio de Dos Mil Veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2020-00121-00
RADICADO INTERNO:	19.576
DEMANDANTE:	SERGIO MARÍA PICÓN PÉREZ
DEMANDADO:	CEMEX COLOMBIA S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por SERGIO MARÍA PICÓN PÉREZ contra la empresa CEMEX COLOMBIA S.A., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2020-00121-00, y Radicación interna No. 19.576 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia del 28 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

El señor SERGIO MARÍA PICÓN PÉREZ interpone demanda ordinaria laboral en contra de La empresa CEMEX COLOMBIA S.A., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 7 de abril de 2008 al 22 de noviembre de 2017, que fue terminado unilateralmente y sin justa causa, para que se condene al reintegro a su empleo de ayudante general, el pago de los salarios dejados de percibir con los intereses de mora causados; subsidiariamente solicita que se condene a la indemnización por despido sin justa causa conforme al numeral 2 literal a del artículo 64 del C.S.T. conforme al último salario (\$1.160.000), con intereses de mora e indexación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló:

- Que fue contratado por la empresa CEMEX COLOMBIA S.A. el 7 de abril de 2008 en Cúcuta, para prestar servicios como AYUDANTE GENERAL en una planta de la empresa por parte del director de la planta GUILLERMO ANTONIO HERNÁNDEZ VANEGAS y con un salario mensual de \$550.000.

- Que el contrato venía ejecutándose normalmente y sin contratiempo alguno por parte del trabajador SERGIO MARIA PICON PEREZ, hasta el día 22 de noviembre del 2017 en que la “EMPRESA CEMEX TRANSPORTES DE COLOMBIA S.A”, resolvió darlo por terminado por una supuesta falta no comprobada cometida por el trabajador, cuando devengaba un salario de \$1.160.000.

- Que acorde a la carta de despido suscrita por RAUL GABRIEL ECHEVERRY HERNÁNDEZ, Coordinador E de Producción de la empresa, se le acusa de que el día 16 de noviembre del 2017 al momento de su ingreso a la jornada laboral en las instalaciones de la Planta Los Patios, “se le practicó una prueba de alcohol dando como resultado positivo cualitativamente y cuantitativamente en un porcentaje de 10 mg/100 ml” y que tal hecho configuraba una falta grave a sus obligaciones laborales que justificaba la terminación con justa causa de su contrato de trabajo, de acuerdo con el numeral 4º y numeral 6º ordinal “a” del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

- Que fue oído en diligencia de descargos el 20 de noviembre de 2017 a las 9 de la mañana por la Asesora de Recursos Humanos, ADRIANA LUCÍA MOJICA SANGUINO, donde indicó haber tomado en la noche anterior 4 cervezas hasta las 11 de la noche, peor cuando se presentó al día siguiente a trabajar no estaba en estado de embriaguez; pero terminado el interrogatorio le expresaron que acorde a la gravedad de los hechos y las respuestas, era procedente terminar el contrato.

- Que el trabajador era afiliado al Sindicato Unitario de Trabajadores de Materiales para Construcción -SUTIMAC- seccionales de Bucaramanga y Cúcuta y por lo tanto lo cobijaban las garantías previstas en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre esta asociación y la empresa CEMEX COLOMBIA S.A.; cuyo clausulado indica el procedimiento para comprobación de faltas y forma de aplicación de sanciones disciplinarias, según la cual el jefe o quien haga sus veces debía citar por escrito al trabajador a diligencia de descargos acompañado, esto es, asesorado por dos representantes del sindicato, a quien el empleador les concedería el permiso necesario para cumplir con ese encargo. Sin embargo, la empresa no citó por escrito al trabajador ni ofició a las directivas del sindicato para que dispusieran la designación de los dos compañeros que lo habrían de asesorar en su diligencia de descargos, realizando la misma sin la asistencia de los representantes sindicales, sabiendo que estos se encontraban negociando el pliego de condiciones, violando el derecho al debido proceso del actor, lo que a voces del artículo 50 literal i del Reglamento Interno del Trabajo y cláusula 11 literal i de la C.C.T., hace nula la sanción.

- Que se impuso la sanción más grave al terminar sin justa causa comprobada el contrato de trabajo, fundado en el reporte del celador que controlaba el ingreso a la planta y reportó una prueba de alcoholimetría con resultado positivo de 10mg/100ml cuando acorde al concepto emitido por MEDICINA LEGAL indica que resultados menores a 20mg/100ml no constituye estado de embriaguez; por lo que interpuso recurso de apelación conforme a la cláusula 13 de la C.C.T., que fue resuelto por el presidente de la empresa RICARDO NAYA BARBA el 4 de diciembre de 2017, confirmando la terminación.

La demandada CEMEX COLOMBIA S.A., contestó a la demanda manifestando que se oponía a todas las pretensiones de consecuencia económica en su contra, aceptando la existencia del contrato de trabajo y los extremos laborales indicados, pero alegando que el vínculo finalizó por justa causa comprobada e imputable al demandante; argumentando lo siguiente:

- Que el 16 de noviembre de 2017 el actor se presentó a las instalaciones de la empresa para ejecutar sus funciones bajo los efectos del alcohol, comportamiento que se encuentra rotundamente prohibido por la compañía y que, debido a las funciones desempeñadas por el empleado, colocó en riesgo su integridad y la de los demás miembros de la organización; lo cual fue comprobado mediante la prueba de alcoholimetría realizada, y fue aceptado por el trabajador al rendir descargos donde aceptó que se presentó a laborar

bajo los efectos del alcohol, que autorizó a realizar la prueba y que arrojó resultado positivo por valor de 10mg/100ml en dos oportunidades, violando las políticas de prevención que eran de su conocimiento y que esto constituía falta grave.

- Que la empresa respetó a cabalidad la jurisprudencia constitucional existente sobre la protección al debido proceso de los trabajadores, dentro de los procesos disciplinarios iniciados por los empleadores, debido a que cumplió en su totalidad las subreglas dentro de las cuales debe estar todo proceso disciplinario: comunicación formal, formulación de cargos, término de descargos, traslado de pruebas, pronunciamiento, sanción proporcional y recursos.

- Que cumplió informando sobre la apertura del proceso disciplinario al ex trabajador y a la Organización Sindical a la que se encontraba afiliado, así como de las conductas imputadas, lo anterior, haciéndole llegar comunicación en la cual se les citaba a descargos por el incumplimiento de sus obligaciones; igualmente se le pusieron en conocimiento las pruebas y la decisión adoptada es proporcional por el grave incumplimiento constatado. Configurándose la justa causa imputable al trabajador por haber quebrantado el numeral 4, literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo y obró en contravía de lo dispuesto por los artículos 58 numeral 8 y 60 numeral 2 de la misma normatividad. Hechos que constituyen justa causa de despido conforme a las previsiones del artículo 62, literal a), numeral 6 del Código Sustantivo del Trabajo.

- Propuso como excepciones de mérito COBRO DE LO NO DEBIDO, OBSERVANCIA AL DEBIDO PROCESO, IMPROCEDENCIA DEL REINTEGRO, IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA, COMPENSACIÓN, BUENA FE, PAGO, PESCRIPTION y GENÉRICA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia del 28 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR *que, entre las partes, existió un contrato de trabajo, a término indefinido, desde el día 8 de abril del año 2008, hasta el día 22 de noviembre del año 2017, el cual termino por decisión unilateral y sin justa causa de la entidad empleadora.*

SEGUNDO: CONDENAR *a CEMEX DE COLOMBIA S.A., a reconocer y pagar, en favor del demandante, la indemnización, por despido sin justa causa, correspondiente, a la suma de \$7.871.175, oo pesos, sin perjuicio a la indexación, que surge, desde el 22 de noviembre del año 2017, hasta el momento, que se efectuó su pago.*

TERCERO: DECLARAR *como probada las excepciones de mérito, planteadas por la pasiva.*

CUARTO: CONDENAR, *en costas a la parte demandada*

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que aceptada la existencia del contrato de trabajo alegado por las partes, sus extremos y que fue terminado por la parte demandada como empleadora, el litigio se enfoca en establecer si se configuró debidamente una justa causa para establecer si procede el reintegro solicitado principalmente o la indemnización subsidiaria.

- Expone que está demostrada la comunicación del 22 de noviembre de 2017 informando la terminación del vínculo laboral sustentada en el hecho que al actor se le practicó una prueba de alcoholimetría dando resultado positivo dos veces, que el trabajador aceptó haber consumido alcohol la noche anterior y por ende incumplió sus obligaciones laborales al haberse presentado en estado de embriaguez; por lo que identificadas las causales imputadas, trae a colación las consideraciones de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL575 de 2021 sobre su configuración con especial análisis del estado de embriaguez de un trabajador para finalizar el vínculo, donde se indicó que esto debe ser valorado acorde a diferentes niveles de gravedad y con proporcionalidad, indicando primero que debe establecer si está tipificada la conducta y su gravedad ya que de no ser así puede ser valorada por el juez.

- Que en este caso, aunque el trabajador en su diligencia de descargos aceptó conocer que presentarse en estado de embriaguez era una falta grave, al verificarse la documental se puede establecer que esta respuesta solo podía estar sustentada por lo firmado en el contrato, pues ni la convención ni el reglamento aportados carecen en su clausulado de la tipificación como falta grave el estado de embriaguez; el único documento que se calificó como grave esto fue en el contrato de trabajo visto a folio 61, donde se indicó que era justa causa para terminar el contrato las contempladas en la ley y cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones de los artículos 57 a 60 del C.S.T., sin determinar el alcance de esa gravedad y por ello el juez está facultado para valorar la conducta. Aunque si establece a renglón seguido como grave “el hecho de que el trabajador llegue embriagado o ingiera bebidas embriagantes en el sitio de trabajo”, imputando en este caso la primera situación que se alega verificada con una prueba de alcoholimetría al ingreso de la jornada.

- Que para justificar su decisión el empleador debía demostrar que el trabajador llegó en estado de embriaguez, indicando que esto se define en la DRAE como “*perturbación pasajera acontecida por la ingestión excesiva de bebidas alcohólicas*”; por lo que en este caso las pruebas se remiten a lo aceptado por el trabajador en sus descargos y el resultado positivo de 10mg/100ml de la alcoholimetría que fue aceptado por la confesión del actor pero que no fue aportada propiamente al actor, sin que pueda determinarse cuál fue la prueba, modo y por ende debe calificarse si lo manifestado por el actor es prueba suficiente, donde aceptó haber consumido 4 cervezas la noche anterior.

- Que al trabajador se le imputa entonces la violación grave de la prohibición del numeral 2° del artículo 60 del C.S.T., que guarda relación con las normas de prevención de consumo de alcohol en la empresa y el procedimiento interno para su verificación aportado con la contestación, a la que resalta no llega a calificar como grave el presentarse en estado de embriaguez y por ello procediendo a analizar la conducta bajo los parámetros de la Sentencia C-636 de 2016, que declaró exequible la norma en cita estableciendo que era muy amplia y debía entonces configurarse solo cuando se afecte de manera directa el desempeño laboral del trabajador, derivado de estudios sobre que no todos los niveles de alcohol pueden afectar las funciones del trabajador y ello depende del caso particular, lo que debe ser

estudiado acorde también a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

- Que en la Sentencia SL575 de 2021 la Corte resaltó que el empleador calificó como grave la mera conducta de presentarse con síntomas o signos de ebriedad e incluso el mero alicoramiento; pero en este caso no hubo dicha distinción, solo se tipificó presentarse en estado de embriaguez y por ende siguiendo lo indicado en C-636 de 2016 no todo consumo impone la justa causa para despido sino que debe demostrarse la afectación en el desempeño laboral. Por lo que probatoriamente es insuficiente la aceptación de haber consumido y dado positivo en la prueba, debiendo entonces el empleador demostrar la afectación en la labor y el riesgo que generaba, lo que no hizo pues ni siquiera aportó dicha prueba de alcoholimetría o la incidencia de su resultado en su estado físico y mental.

- Que para valorar esta incidencia, se consultó la guía de medición indirecta de alcohol por aire respirado de MEDICINA LEGAL aprobada en la resolución 1844 de 2015, donde se advierte que no todo resultado positivo se estima en estado de embriaguez, indicando el numeral 7.3.3. la interpretación de resultados que aquello menor a 20mg/100ml se considera negativo acorde a la ley 1693 de 2013, debiendo entonces contar con un resultado del doble de lo esperado para evitar el margen de error. Por lo que no es posible considerar que el resultado confesado por el demandante implica estado de embriaguez y por ende que era susceptible de afectar su desempeño. Sin que el procedimiento fijado por el empleador señalara propiamente el resultado que conlleva a estado de embriaguez, ni demostrándose que el mero hecho de manejar una máquina trituradora se vería afectado por el consumo aceptado, por lo que la justa causa alegada no se configura como grave.

- Que declarado injusto el despido, procede a valorar si se condena al reintegro o a la indemnización, señalando que existe una diferencia entre sanción disciplinaria y despido aceptada jurisprudencialmente que la segunda no equivale a una sanción, por lo que solo se exige un debido proceso si así se pacta entre las partes; lo que se presenta en el artículo 50 del reglamento y cláusula 11 de la C.C.T., indicando que el procedimiento no se aplica para terminación sino sanciones, por lo que no era exigible y no hay lugar a la nulidad de la sanción, sin que en todo caso no sea procedente destacar que se cumplió el debido proceso por el empleador pues se citaron tanto al trabajador como a los miembros del sindicato, quienes no pudieron asistir lo que no es imputable al empleador.

- Que en consecuencia, lo procedente es la indemnización por despido injusto del artículo 64 del C.S.T., liquidada bajo el literal a con un salario de \$1.166.200 por 202.5 días de salario que asciende a \$7.871.175 debidamente indexado; sin que se configure la excepción de prescripción.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandante

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación contra lo resuelto en primera instancia, argumentando:

- Que no está conforme con la negativa del reintegro, pues la terminación del contrato se declaró sin justa causa y esta decisión contraria a la norma y los procedimientos, conlleva a que se restablezca el actor a su trabajo en la forma que venía desempeñando, siendo injusto que se conforme con la indemnización teniendo en cuenta los salarios que ha dejado de percibir

desde su despido sin que se configurara la causa alegada, siendo una condena irrisoria. Que el procedimiento adelantado en su contra no estuvo acorde a las normas, reglamentos ni lineamientos invocados de MEDICINA LEGAL.

3.2 De la parte demandada

El apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación, argumentando:

- Que se opone a la declaración de despido sin justa causa, pues contrario a lo expuesto desde la demanda, el actor sí incurrió en la causa alegada al quebrantar las disposiciones legales y reglamentarias sobre sus obligaciones y prohibiciones como trabajador, alegadas desde la carta de despido; indicando que la empresa no desconoce lo resuelto por la Corte Constitucional en C-636 de 2016 pues la prohibición sigue estando vigente y depende del caso concreto, debiendo entonces valorarse la labor a desempeñar del actor que fue omitido por el Juez.

- Que desconoció el potencial riesgo de presentarse a laborar en la empresa que requiere una operación cuidadosa para prevenir riesgos y el mismo actor confesó que operaba la trituradora, siendo consciente el peligro de operarla en estado de embriaguez. Lo que contravía la política de prevención de consumo de alcohol de la empresa y el reglamento que menciona presentarse bajo los efectos del alcohol, por lo que la prueba que arrojó 10ml/100mg implicaba la consecuencia de violar las prohibiciones señaladas. Destacando que se le garantizó el debido proceso en el trámite de descargos y la compañía del sindicato que no se presentó.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

- **Parte demandante:** No presentó alegatos.
- **Parte demandada:**

El apoderado de la parte pasiva expone que el contrato de trabajo existente entre las partes, terminó por la materialización de una justa causa imputable al trabajador y que se le reconocieron los derechos laborales correspondientes; advierte que el despido justo quedo demostrado y debidamente sustentado, toda vez que el señor Picón, a sabiendas del contenido de la política de alcohol, tabaco, y sustancias psicoactivas; como también del sistema de consecuencias de seguridad industrial, decidió desconocerlas para el día 16 de noviembre de 2017, al presentarse a su turno de trabajo asignado bajo los efectos de sustancias alcohólicas, lo que fue confirmado por la prueba que arrojó un resultado de 10mg/100ml. Situación que pone en riesgo sus facultades para laborar en el área de trituración, derivando en posibles accidentes de trabajo y por ende está sustentada la terminación unilateral con justa causa, acorde al parámetro legal y jurisprudencial.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si en el caso del demandante SERGIO MARÍA PICÓN PÉREZ se constituyó un despido sin justa causa por parte de su empleador la empresa CEMEX COLOMBIA S.A. o si la demandada acreditó debidamente la existencia de una justa causa para el despido?

7. CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio, radica en determinar si el demandante SERGIO MARÍA PICÓN PÉREZ, fue despedido sin justa causa por parte de su empleador la Empresa CEMEX COLOMBIA S.A., alegando el trabajador que fue alegado el haberse presentado a laborar en estado de embriaguez pero con un resultado que no configura dicho estado y solicita se declare la ineficacia del despido por no haberse garantizado el debido proceso al realizar los descargos sin presencia del sindicato, y subsidiariamente la indemnización por despido injusto por no configurarse la justa causa.

Al respecto, el juez a quo resolvió que no se había configurado la justa causa alegada pues solo se demostró que el trabajador en sus descargos aceptó haber consumido 4 cervezas la noche anterior y que su resultado fue de 10mg/100ml, y que como la falta tipificada como grave era presentarse en estado de embriaguez, esto no se configuró pues MEDICINA LEGAL reglamenta que todo resultado inferior a 20mg/100ml no es embriaguez y por ende condena a la indemnización, negando el reintegro por cuanto el despido no es una sanción a la que aplicar la ineficacia solicitada.

Conclusiones que controvierte cada parte en lo desfavorable; la parte demandante considera que demostrada la justa causa debió también validarse el desconocimiento al debido proceso y ordenar el reintegro por ser justo respecto a lo evidenciado. Por su parte la demandada reitera que sí se configuró la justa causa alegada, siendo aceptado por el trabajador que se presentó en estado de embriaguez y que esto afectaba su desempeño pues debía manejar la trituradora, siendo un riesgo para la empresa y contraviniendo su política de prevención.

Procede la Sala a resolver los asuntos apelados, resaltando que no fue objeto de controversia que entre CEMEX COLOMBIA S.A. y el señor SERGIO MARÍA PICÓN PÉREZ existió una relación laboral que inició en contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 7 de abril de 2008, que finalizó el 22 de noviembre de 2017 por el empleador alegando justa causa, cuyo salario final era de \$1.166.100 mensuales.

Teniendo en cuenta esta controversia, procede esta Sala de Decisión a analizar si en efecto el despido del trabajador fue justificado y se le garantizó el derecho de defensa; en principio el trabajador que alega la causación de derechos originados en un despido injusto, debe demostrar el hecho simple del despido, y al empleador le corresponde acreditar la ocurrencia de la justa causa legal que le permitió realizar el mismo, en los términos del artículo 167 del C.G.P., el cual dispone que le corresponde a las partes demostrar los supuestos de hecho en que se sustentan sus pretensiones.

Se advierte también, que el empleador cuando considere que existe justa causa puede unilateralmente y sin indemnización alguna, despedir al trabajador, siempre y cuando, le haya comunicado los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato de trabajo, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual

proceso judicial posterior, lo cual debe ser inmediato al evento generador y debe estar relacionado entre las causas taxativamente previstas en el postulado normativo.

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

Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que: *“El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes...”*.

En esa medida, corresponde al trabajador acreditar el hecho simple del despido y demostrado este, ya compete al empleador establecer plenamente la concurrencia de una justa causa imputable al trabajador para justificar la terminación unilateral y, al tiempo, debe demostrar haber garantizado el debido proceso al agotar esta decisión.

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

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

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

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

“a) La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial

posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos .

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

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

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

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

Dentro del plenario se aportaron los siguientes elementos probatorios, relacionados con el hecho del despido:

- Carta de terminación alegando justa causa:

Se encuentra demostrado que mediante comunicación del 22 de noviembre de 2017 se le notificó al trabajador la terminación del contrato por justa causa señalando que se *“configura en una falta grave a sus obligaciones laborales que justifica la terminación con justa causa de su contrato laboral, de acuerdo con lo contemplado en el numeral 4° y 6° ordinal “a” del artículo 62 del C.S.T., en concordancia con el artículo 60 numeral 2; artículo 58 numeral 8 y demás obligaciones especiales de los trabajadores y prohibiciones expresas del reglamento interno de trabajo”*; indicando como hecho imputado que el 16 de noviembre de 2017 ingresó a su jornada laboral y se practicó una prueba de consumo de alcohol que dio resultado positivo con cantidad de 10mg/100ml, aceptando el trabajador en descargos del 20 de noviembre que aceptó haber consumido bebidas alcohólicas la noche anterior.

En esta misma misiva, señala que la decisión se justifica *“teniendo en cuenta que con su conducta, usted incumplió gravemente sus obligaciones legales, y las instrucciones para la prestación del servicio, toda vez que en ejercicio de sus funciones como Ayudante General debe manipular herramientas, maquinaria, la trituradora, debe desplazarse dentro de las instalaciones de la Empresa, interactuar con sus compañeros en zonas de riesgo, situaciones que exigen el pleno uso de sus facultades mentales para no exponer su propia integridad, la de sus compañeros de trabajo y la de los equipos de la empresa. (...) en el entorno donde realiza sus funciones, como es la planta de cemento, por la cual circulan constantemente vehículos de carga pesada, existen equipos con elevado riesgo de manipulación y ambientes de exposición, que exigen el mayor cuidado y cumplimiento de las normas de seguridad”*.

- Contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre CEMEX COLOMBIA S.A. como empleador y SERGIO MARÍA PICÓN PÉREZ como trabajador para el cargo de ayudante general; del cual se destaca la cláusula cuarta que dice:

“Son justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, las contempladas en la Ley así como cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben tanto a la Empresa como al Trabajador de acuerdo a los artículos 57, 58, 59 y 60 del C.S.T. y además por parte del Trabajador las siguientes faltas que para el efecto se califican como graves: a) La violación por parte del TRABAJADOR de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias; b) La no asistencia puntual al trabajo, sin excusa suficiente a juicio de la Empresa, por dos veces; c) La revelación de secretos o datos reservados a la Empresa; d) Las desavenencias con sus compañeros de trabajo; e) El hecho de que el trabajador llegue embriagado o ingiera bebidas embriagantes en el sitio de trabajo; f) La no asistencia a una etapa completa de la jornada de trabajo, sin excusa suficiente a juicio de la Empresa”.

- Diligencia de descargos realizada el 20 de noviembre de 2017 a las 9:00 a.m., indicando que estaban presentes ADRIANA MOJICA (Asesora de recursos humanos de CEMEX) y SERGIO MARÍA PICÓN (Ayudante General de la Planta de cemento), citado previamente el 17 de noviembre; se le ponen de presente como hechos que el 16 de noviembre de 2017 dio resultado positivo con cantidad de 10mg/100ml en la prueba de alcoholimetría y que ello vulneraría las normas de seguridad industrial y la política interna de prevención de consumo.

De esta diligencia se resalta que el trabajador fue consultado sobre la asistencia y compañía de miembros del Sindicato, pero acepta que no pudieron asistir. Que hace 8 meses labora en el área de trituratora. Acepta que al ingresar el 16 de noviembre de 2017 le practicaron prueba de alcoholimetría, que firmó el consentimiento informado para su práctica, que recibió la política de prevención, que dio resultado positivo en un valor de 10mg/100ml. Que conoce las consecuencias para su integridad física y la de sus compañeros por presentarse con efectos de alcohol, que constituye presentarse bajo efectos de alcohol una falta grave, que violó las normas de seguridad industrial.

Agrega al final como declaración lo siguiente: *“yo acepto mi responsabilidad en haber violado la política de la empresa, me tomé 4 cervezas el miércoles hasta las 11 p.m., el error mío fue no haber consumido alimentos ni en la noche ni desayunar. Soy consciente que me presenté pero en el momento no presenté estado de embriaguez alto y no puse en riesgo mi integridad, ni la de mis compañeros y ninguna instalación de la compañía. Como se sabe el alcohol perdura 24 horas en el organismo, creo que fue un error no haber consumido ningún alimento para eliminar el tufo (...)”*

- Comunicación del 4 de diciembre de 2017 suscrita por RICARDO NAYA como presidente de CEMEX COLOMBIA, confirmando la decisión de terminación por justa causa tras recurso de apelación interpuesto, indicando que se garantizó el debido proceso pues la citación fue notificada al trabajador y el sindicato; que se surtió la diligencia de descargos, que las labores contratadas eran riesgosas por la manipulación de instrumentos; que existía prohibición expresa de presentarse a laborar bajo el influjo del alcohol y al no aportarse pruebas adicionales, está tipificada la conducta potencialmente riesgosa imputada.
- Convención Colectiva de Trabajo 2017-2019 depositada ante el Ministerio del Trabajo el 27 de noviembre de 2017 y celebrada entre CEMEX COLOMBIA S.A. y SUTIMAC; de la cual se destaca el CAPITULO II – RELACIONES CON EL PERSONAL, de donde se destaca el CAPITULO 11 – Procedimiento para comprobación de faltas y formas de aplicación de sanciones disciplinarias, CAPITULO 12 – Normas

especiales sobre la aplicación de sanciones y CAPITULO 13 – Terminación del contrato por justa causa.

- Reglamento interno de trabajo de CEMEX COLOMBIA S.A., del que se destaca el capítulo XII que consagra las obligaciones especiales del empleador y trabajador, las prohibiciones de empleador y trabajador, de donde se destaca como una prohibición del trabajador *“Presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcotráfico o de drogas enervantes”*.

Se destaca también el Capítulo XIII sobre escala de faltas y sanciones disciplinarias; señalando el artículo 47 faltas leves como retardos, ausencias y violaciones leves con suspensiones y multas, el artículo 48 identifica como faltas graves: retardo de 10 minutos sin excusa por 5 veces, falta total en turno por 3 veces, falta total un día sin excusa y violación grave de sus obligaciones. El artículo 49 señala que toda sanción disciplinaria se precede de oír al trabajador con compañía del sindicato si es afiliado, el artículo 50 que no produce efectos la sanción sin dicho trámite y que en caso de ser beneficiario de la Convención Colectiva, se aplicaría el artículo 11 sobre procedimiento para comprobación de faltas.

- Documento titulado “Política de prevención en consumo de alcohol, tabaco y sustancias psicoactivas”, suscrito por el trabajador SERGIO PICÓN, donde se le da a conocer que CEMEX prima la seguridad, salud y productividad, siendo conscientes de que el alcoholismo, drogadicción, tabaquismo y abuso de otras sustancias, pueden crear dependencia y pueden afectar seriamente la salud, seguridad, eficiencia y productividad, por lo que en sus instalaciones está prohibido la indebida utilización de medicamentos, drogas controladas no recetadas, sustancias alucinógenas, alcohol y presentarse a trabajar bajo el efecto de estas sustancias; así como fumar en sus instalaciones. Que se podrían llevar a cabo inspecciones no anunciadas aleatorias o periódicas en busca de estas sustancias y requerir pruebas de laboratorio. Concluye que *“el no cumplimiento de esta política, de acuerdo a la ley, será causal de sanción disciplinaria o de terminación del contrato laboral según sea el caso”*.
- Documento titulado: “Realización de pruebas para la detección de alcohol en aliento y sustancias psicoactivas en orina”, emitido en febrero de 2014, dando cumplimiento a la Política de Seguridad Industrial y Salud y la Política para la prevención del consumo de alcohol, tabaco, droga y otras sustancias psicoactivas; allí se especifica como responsabilidad de los empleados cumplir a cabalidad con la política de prevención, someterse a las pruebas de detección.

Sobre el procedimiento, indica:

“En cualquier momento de la jornada laboral, el responsable de ejecutar las pruebas a través de sorteo aleatorio seleccionará a los empleados favorecidos (balotas, una roja y una verde, las cuales deberán estar en una bolsa o tula que no permita ver el contenido dentro de su interior; la balota roja corresponde a la realización de la prueba y la verde podrá continuar con sus actividades). Diariamente se realizarán como mínimo el 20% de los empleados activos en el proyecto. Para tareas críticas o del alto riesgo la compañía podrá considerar la realización de este tipo de pruebas diariamente al personal que se requiera.

Nota 1: para el uso de los alcoholímetros, primero debe verificarse que el certificado de calibración esté vigente, seguido del estado de las baterías, y continuar con los lineamientos de uso según el fabricante. (...)

El responsable del área de seguridad industrial y salud interpretará los resultados presentados por los equipos y/o elementos utilizados, según lo establecido en cada una de las fichas técnicas.

El trabajador que haya presentado la primera prueba de alcoholimetría positiva, se le realizará una segunda prueba con boquilla en un tiempo que no supere los 10 minutos en relación a la primera. Se debe tener en cuenta que en caso de no contar con impresora para el alcoholímetro debe tomarse evidencia filmica de la realización de la prueba, guardando siempre la confidencialidad ante la situación. (...)

Cuando los resultados de las dos pruebas sean positivos inmediatamente se debe informar al empleado, al jefe inmediato y a RRHH; el trabajador de manera inmediata deberá suspender las actividades que se encontraba realizando y quedará a disposición de RRHH si es trabajador directo o bajo responsabilidad del jefe inmediato si es contratista, en este último caso se debe tener en cuenta que el trabajador debe ser excluido de inmediato de cualquier actividad relacionada con Cemex.

Nota: una vez se ha reportado, RRHH sigue el debido proceso de acuerdo a lo establecido en el reglamento interno de trabajo si el trabajador es directo y el sistema de consecuencias establecido por CEMEX cuando el trabajador sea contratista.

Los resultados arrojados en dichas pruebas serán registrados y archivados en la carpeta denominada como "PRUEBAS DE ALCOHOLIMETRIA Y SUSTANCIAS PSICOACTIVAS" en cada una de las plantas."

Conforme a las pruebas determinadas, se advierte en primer lugar que la justa causa esgrimida se sustenta en el numeral 6 del artículo 62 del C.S.T. que establece: “Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: 4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y **toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas**. 6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”, en relación al artículo 60 numeral 2° que señala como prohibición especial del trabajador “Presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes”. Así mismo, se resalta que en el contrato de trabajo suscrito quedó especificado como justa causa de despido como falta grave: “El hecho de que el trabajador llegue embriagado o ingiera bebidas embriagantes en el sitio de trabajo”.

Está demostrado que el empleador requirió al actor el 17 de noviembre de 2017 de la convocatoria a Recursos Humanos para escuchar su versión de la falta imputada, informándole del derecho a que asistiera acompañado por 2 representantes del Sindicato, el cual fue recibido por el actor y José Camargo, presidente de la seccional del sindicato. Que recibió sus descargos y el 22 de noviembre comunicó al actor su decisión de terminar el contrato de trabajo, con fundamento en que el 16 de noviembre se presentó a trabajar en estado de embriaguez y el actor aceptó que la prueba dio positivo, con una escala de 10mg/100ml, pero aclaró que el consumo de alcohol fue la noche anterior en un nivel de 4 cervezas por lo que no configuró un estado de embriaguez.

Es decir, la Sala advierte que conforme la jurisprudencia y las normas legales aplicables al caso concreto, no se avizora vulneración al derecho de defensa y debido proceso del señor PICÓN PÉREZ, pues se cumplieron los preceptos

de comunicación clara y concreta de los hechos, inmediatez y agotamiento del proceso reglamentario y recepción de descargos.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL3760 de 2019 recuerda que “*son las partes mismas las llamadas a calificar en primera medida la gravedad de una conducta en los términos del numeral 6° del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, ante lo cual se excluye la competencia judicial para iguales efectos*”; es decir, si las partes previamente han delimitado que una conducta es grave no puede el Juez entrar a valorar la gravedad pues ya para ello previamente se ha pactado la dimensión de la misma. De allí que si se prueba el estado de embriaguez no es posible valorar su gravedad bajo los lineamientos de la Corte Constitucional en Sentencia C-636 de 2016, dado que ya las partes han identificado el estado de embriaguez en el contrato de trabajo como causa grave justificable de terminación.

En esa medida como se tipificó el presentarse en estado de embriaguez a laborar, solo resta determinar si se encuentra debidamente acreditada la ocurrencia de este evento el 16 de noviembre de 2017. Sobre la situación específica de demostrar y valorar el estado de embriaguez de un trabajador, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL4424 de 2020 expone:

*“la prueba de la embriaguez en asuntos del trabajo **no está sometida a prueba ad substantiam actus** que implique que solo a través de un medio de prueba en concreto deba acreditarse, pues basta con que sea portadora de la certeza de la existencia de dicha condición física.*

Así lo dejó claro en la Sentencia CSJ SL1298-2017, que acudió a la providencia CSJ SL11632-2015, cuando adujo:

Con las anteriores inferencias, desconoció el ad quem que en materia laboral, según lo dispone el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, son admisibles todos los medios de prueba consagrados en la ley, y que no existe tarifa legal, con lo cual, el juez puede formar libremente su convencimiento atendiendo los principios informadores de la sana crítica, tal como lo estatuye el artículo 61 del mismo ordenamiento.

Esta Corporación al desarrollar esos principios, ha dicho, en cuanto al estado de embriaguez, que como tal, no requiere una prueba solemne, y en consecuencia se puede acreditar por cualquier medio de prueba autorizado. En efecto, en sentencia CSJ SL 8002 2014, se adocrinó lo siguiente:

*Sobre este tópico, **para la Corte lo más deseable es que, ante una sospecha razonada, se realice una prueba técnica** que permita deducir el estado de ebriedad de un trabajador, su grado y sus consecuencias negativas para el desarrollo de las labores profesionales en condiciones normales. **Sin embargo, ello no impide que, ante la negativa infundada del trabajador de realizarse la prueba, el empleador pueda acudir a otro tipo de elementos indicativos de tal estado, como, entre otros, el comportamiento distorsionado, la falta de motricidad, la falta de coordinación y el alto aliento alcohólico, que pueden ser percibidos fácilmente, sin necesidad de prueba técnica alguna.** (...)*

Ahora bien, la Corte entiende que el hecho de presentarse al trabajo en estado de embriaguez, de por sí calificado como negativo en la legislación laboral interna, puede tener diferentes

niveles de gravedad, en función de las labores que desempeñe el trabajador y del entorno profesional dentro del cual se sitúe. Por ello, la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de una decisión de despido deben ser examinadas en relación con las circunstancias particulares de cada caso y, de cualquier manera, atendiendo factores tales como, la labor que desarrolla el trabajador, el contexto y las demás condiciones medioambientales en las que se desarrolla la labor.

Asimismo, en aras de determinar la proporcionalidad de una medida de despido, es preciso tener en cuenta el numeral 6, literal A), del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, que establece como justa causa de despido, cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Tras ello, es dable concluir que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el hecho de presentarse al trabajo en estado de embriaguez puede constituirse en una justa causa de despido, si se considera grave por el respectivo juzgador, en función de las condiciones medio ambientales del trabajo (Ver CSJ SL 12 jul. 2006, rad. 28802), **o si de antemano ha sido considerado como grave, en alguna convención colectiva, pacto colectivo, contrato de trabajo o reglamento interno.**”

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que un acta de descargos “solo puede tenerse como confesión extrajudicial de los hechos que aduce la parte contraria, más no como prueba calificada (...) que permita acreditar lo que con ella se invoca” (SL 7992 del 26 de enero de 1996 reiterada en SL15479-2017 del 27 de septiembre de 2017) y esta misma corporación ha determinado que los efectos de la confesión rendida en un acta de descargos “solo puede extenderse a la confesión judicial, o a la extrajudicial, cuando ha sido probada dentro del proceso judicial, en los términos del numeral 6° del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil”, lo cual sucede en este caso. Además, la Sala de Casación Laboral ha agregado sobre la valoración de este medio de prueba que la confesión “es indivisible y **debe aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado**, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe, es decir que lo manifestado debe analizarse de manera integral”. (Sentencia SL552 de 2019)

Como se observa, el actor aceptó que al ingresar el 16 de noviembre de 2017 le practicaron prueba de alcoholimetría, que firmó el consentimiento informado para su práctica, que recibió la política de prevención, que dio resultado positivo en un valor de 10mg/100ml; pero en el mismo acto hizo la aclaración de que dicho consumo provino de la noche anterior, que fueron 4 cervezas y su error fue no alimentarse para eliminar los restos del organismo, advirtiendo que no presentó un estado de embriaguez que pusiera en riesgo su integridad, a los compañeros o la compañía.

Ahora bien desde la demanda se alega que la terminación no configura la justa causa alegada pues no hubo un estudio verdadero y análisis de la prueba, advirtiendo que el resultado del alcoholímetro de 10mg/100ml acorde a los conceptos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses no constituye estado de embriaguez.

Al respecto, advierte la Sala como hiciera el juez *a quo*, que además del acta de descargos no existe una prueba adicional respecto del alegado estado de embriaguez del actor; es decir, que lo único que se acredita es la aceptación de hechos del actor con las aclaraciones y explicaciones dadas, sin que obre prueba adicional para dar contexto a lo ocurrido, como la forma en que se percató la empresa de dicho estado para proceder a hacer la prueba de alcoholimetría, o si esta se hizo al azar.

Se resalta que la misma demandada aportó el documento técnico que contiene el procedimiento adoptado para la materialización de las pruebas de alcohol en aliento como parte de su política de prevención de consumo y sistema de prevención y salud; en este se destacan dos apartes: que el responsable de seguridad industrial y salud interpretará los resultados acorde a la ficha técnica, y que el resultado obtenido debe ser registrado y archivado en una carpeta, bien sea la impresión del alcoholímetro o videograbación de la prueba.

Siguiendo los lineamientos de carga de la prueba expuestos previamente, era la demandada quien estaba en la obligación de aportar la integridad del procedimiento interno consagrado para la toma de estas pruebas de medición de alcohol, para verificar la ocurrencia de la justa causa. De haberlo hecho, se hubiera podido determinar con exactitud el resultado de la prueba, el soporte derivado de la máquina y la interpretación dada por el encargado de seguridad industrial acorde a los lineamientos del fabricante del equipo, con lo que no existirían dudas sobre el resultado de la misma.

En ausencia de estos, la única prueba que subsiste es lo aceptado por el actor en su oportunidad sobre el consumo de bebidas alcohólicas la noche anterior y el resultado de 10mg/100ml que acepta en los descargos y es reiterado por el empleador en todas sus comunicaciones.

No obstante, como señala el actor, este resultado deriva en insuficiente para configurar la causal tipificada de estado de embriaguez pues acudiendo a lineamientos técnicos análogos sobre la lectura de resultados de mediciones de alcoholimetría, este porcentaje equivale incluso a un resultado negativo.

Como el empleador dejó de aportar las mediciones y parámetros utilizados en su procedimiento, la Sala concuerda con la decisión del *a quo* de acudir a la Guía de Medición Indirecta Alcoholemia a través de aire espirado que fue expedida en la Resolución No. 001844 del 18 de diciembre de 2015 por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, expedido de conformidad con el artículo 4° de la Ley 1696 de 2013 que dice “*El estado de embriaguez o alcoholemia se establecerá mediante una prueba que no cause lesión, la cual será determinada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses*”; normas que por ser de alcance nacional no necesitan ser incorporadas al proceso para ser valoradas acorde al artículo 177 del C.G.P. y que al ser las únicas que regulan la materia en nuestro ordenamiento jurídico, aunque expedidas en el ámbito de tránsito, transporte y policivo, son aplicables por analogía en ausencia de reglamentación interna de la empresa o del derecho del trabajo.

Esta guía señala lo siguiente en el acápite de interpretación de resultados:

“Con los resultados obtenidos se deben aplicar los siguientes criterios: (19, 20).

*7.3.3.1. Resultados menores a 20 mg/100 mL: **un resultado menor a 20 mg/100 mL o a 0,2 g/L se considera negativo** de acuerdo con el límite establecido en la Ley 1696 de 2013.*

7.3.3.2. *Resultados mayores o iguales a 20 mg/100 mL: para concluir que un resultado es positivo, se debe aplicar un criterio de aceptación de los duplicados y una corrección del resultado teniendo en cuenta el error máximo permitido según la Recomendación 126 de la Organización Internacional de Metrología Legal (Evidential Breath Analyzers)*”

La remisión que realiza este reglamento a la Ley 1696 de 2013, se refiere a que en el artículo 5° cuando se determinan los grados de alcoholemia susceptibles de ser sancionados como positivos, iniciando con el Grado Cero de Alcoholemia que comprende entre 20 y 39 mg de etanol/100 ml de sangre total, Primer Grado de embriaguez entre 40 y 99 mg de etanol/100 ml de sangre total, Segundo Grado de embriaguez entre 100 y 149 mg de etanol/100 ml de sangre total, Tercer grado de embriaguez desde 150 mg de etanol/100 ml de sangre total en adelante. Indicando el parágrafo 4° que las sanciones se impondrán en todo evento en que la alcoholemia sea igual o superior a 20 mg de etanol/100 ml de sangre.

Aplicando así los parámetros legales análogos a normas policivas y el reglamento técnico de interpretación de resultado de prueba de alcohol en aire, se deriva que todo resultado inferior a 20mg/100ml se entiende como NEGATIVO y por ende, como la empresa acepta que el actor reportó 10mg/100ml, no se deriva que el actor estuviera en estado de embriaguez acorde a los lineamientos técnicos.

Estos reglamentos contienen en sus definiciones técnicas la siguiente descripción del estado de embriaguez: “*estado de alteración transitoria de las condiciones físicas y mentales, causada por intoxicación aguda que no permite una adecuada realización de actividades de riesgo*”, derivada del artículo 2° de la Ley 769 de 2002; sin que obre prueba adicional al plenario sobre las condiciones físicas y mentales del trabajador para el 16 de noviembre de 2017, en aras de establecer que el actor pese al resultado técnicamente negativo, se encontrara en un estado de alteración que llevara al empleador a tener la convicción de estar frente a la justa causa alegada. Lo anterior dada la libertad probatoria que jurisprudencialmente se ha reconocido para demostrar esta causal, sin que esté estrictamente ligada a la prueba científica, pero se reitera que el empleador dejó de aportar otros medios de prueba y si quiera anexó el procedimiento interno fijado para la medición.

Todo esto conlleva a concluir que si bien está calificada como grave la conducta de presentarse a trabajar en estado de embriaguez y por ende el Juez Laboral no está llamado a calificar su gravedad, para avalar la justa causa alegada debía quedar plenamente evidenciado que el trabajador se presentó a laborar en dicho estado y que se cumplieron todas las garantías por parte del empleador, para haber adoptado la decisión de terminar unilateralmente el contrato por justa causa imputable al trabajador. Reiterando, que si bien se siguieron los lineamientos procedimentales para el proceso disciplinario, las pruebas aportadas al proceso no permiten verificar que efectivamente el trabajador hubiera llegado a laborar en estado de embriaguez pues la única prueba al respecto, su aceptación del resultado de 10mg/100ml en el alcoholímetro, es una medición que técnicamente se estima negativa y no existen elementos adicionales para valorar si estaba en un estado de alteración física o mental.

No siendo de recibo los argumentos de la apelación de la parte demandada, queda por establecer si como reclama el demandante la consecuencia del despido sin justa causa debería ser el reintegro y no la indemnización del artículo 64 del C.S.T.; lo cual argumenta indicando que como la sanción se derivó de un proceso disciplinario con vulneración del debido proceso, esta se debe declarar ineficaz conforme a la cláusula 11 de la Convención Colectiva del Trabajo.

Al respecto, esta Cláusula señala el procedimiento para comprobación de faltas y forma de aplicación de sanciones disciplinarias, indicando que el trabajador debe ser notificado por escrito de su derecho a comparecer a la diligencia de descargos con asesoría de dos representantes del sindicato, se le debe precisar la falta imputada, los términos, el contenido del acta y la notificación de la sanción con el recurso correspondiente. Indicando el literal i), que *“el procedimiento descrito deberá aplicarse de conformidad, de lo contrario la sanción será nula y en caso de haberse aplicado, EL EMPLEADOR, reembolsará al trabajador los salarios no percibidos en caso de suspensión o el valor descontado en caso de multa”*.

Asiste razón al juez *a quo* cuando señala que este procedimiento y la consecuencia de la ineficacia está contemplada convencionalmente para las sanciones disciplinarias y el despido no constituye una sanción a menos que las partes así lo determinen; lo que no sucede en este caso, pues la norma convencional es expresa en advertir que el procedimiento es para faltas disciplinarias que terminan en suspensión o multa y además porque sistemáticamente, la terminación del contrato alegando justa causa y su procedimiento están delimitados en la CLÁUSULA 13, con su propia delimitación sin que se contemple la ineficacia por algún motivo.

Por lo anterior, el Juzgador debe limitarse a aplicar el efecto jurídico de la norma que sanciona la terminación del contrato sin justa causa que es la indemnización del artículo 64 del C.S.T., así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL5403 de 2021 en un caso similar, indicando:

“encuentra la Corporación que el problema a resolver radica en determinar si el Tribunal se equivocó al declarar improcedente el reintegro, al argumentar que no existía norma legal o extralegal que lo consagrara, o si por el contrario, era viable conforme a lo previsto en el artículo 115 del CST. (...) A no dudarlo, la regla jurídica transcrita constituye el fundamento jurídico que daría lugar a la ineficacia de la terminación del contrato, y por contera, a la reinstalación de la trabajadora a sus labores con el consecuente pago de salarios y demás acreencias laborales.

Sin embargo, con insistencia ha adocinado esta Corporación que la terminación del contrato de trabajo, por sí misma, no es una sanción disciplinaria que requiera de un procedimiento previo, a menos que el empleador así lo contemple en sus reglamentos, o que las partes lo convengan a través de la negociación colectiva, contrato de trabajo o cualquier otro pacto expreso. (...) Con base en lo expuesto, encuentra la Sala que, por lo menos desde lo jurídico, ninguna distorsión normativa cometió el fallador de la alzada, pues comprendió cabalmente que el despido no es una sanción disciplinaria, y con base en esta premisa negó el reintegro deprecado. (...)

Con todo, no por ello se torna procedente el reintegro deprecado, puesto que las citadas disposiciones no prohicieron una variación de la naturaleza jurídica del despido con justa causa, sino que, al contrario, ratificaron expresamente que este no constituye una sanción disciplinaria.

En otras palabras, si bien el código disciplinario estableció una garantía adicional anterior al despido con justa causa, la inobservancia de dicho trámite no apareja la ineficacia del acto fulminante del vínculo laboral, pues, se itera, dicha consecuencia jurídica se predica exclusivamente de las sanciones disciplinarias.”

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que condenó a la demandada por las pretensiones derivadas del alegado despido injusto, al no demostrarse la configuración de la justa causa por parte del empleador,

que normativamente se sanciona con la indemnización correspondiente cuya cuantía no fue objeto de apelación por ninguna de las partes.

Finalmente, al no prosperar los recursos de ambas partes, no habrá condena en costas de segunda instancia.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 28 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS, conforme a lo explicado previamente.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado


ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio 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: 54-001-31-05-002-2020-00125-00

Partida Tribunal: 19575

Demandante: PEDRO ALBERTO MORA JARAMILLO

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

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta (30) 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 Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 28 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-002-2020-00125-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19575 promovido por el señor PEDRO ALBERTO MORA JARAMILLO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., COLFONDOS, S.A. Y PORVENIR S.A.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante PEDRO ALBERTO MORA JARAMILLO demanda a las entidades anteriormente mencionadas solicitando principalmente que, previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS, y posteriormente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para 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, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales; subsidiariamente solicitó que se reconozcan a su favor los perjuicios causados así como la pensión de vejez

en las mismas condiciones y circunstancias a que tendría derecho si se hubiese pensionado en el Régimen de Prima media con prestación definida, y subsidiaria a la pretensión N° 2 solicitó que se debe proceder a reconocer la diferencia entre el valor de la pensión por vejez que deba ser reconocida por el Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, y la mesada pensional que le correspondería en el Régimen de Prima media con prestación definida, dineros que deben ser recibidos y calculados mediante un cálculo actuarial o de manera mensual con la mesada pensional de forma vitalicia.

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. Indico que nació el 26 de abril de 1956, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del Régimen de Prima Media para acceder a la Pensión de Vejez, el mismo día y mes del año 2018.
2. Que estuvo afiliado al Régimen de Prima media con Prestación definida administrado por el ISS – Hoy COLPENSIONES desde el día 15 de junio de 1978, cotizando un total de seiscientos noventa y cuatro (694) semanas.
3. Que se trasladó del Régimen de Prima media con Prestación definida administrado por el ISS – Hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad COLFONDOS S.A el 01 de noviembre de 1997, posteriormente de COLFONDOS a PORVENIR S.A el día 01 de agosto de 2005, fondo en el cual está vinculado.
4. Que a la fecha, ha cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos regímenes más de 1819 semanas.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada **COLPENSIONES, S.A.**, ésta dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones principales y secundarias, indicando que el demandante se afilió voluntariamente a COLFONDOS, 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, PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO POR FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA SU RECLAMACION, LA INOMINADA O GENERICA, LA INOPONIBILIDAD DE LA

RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE REGIMEN.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** indicó que NO SE OPONE a la declaratoria de ineficacia o nulidad del traslado del RPM al RAIS; sin embargo, respecto del traslado de aportes, advierte que la totalidad de aportes de la cuenta de ahorro individual se trasladaron a PORVENIR S.A., entidad llamada a responder frente a las pretensiones del actor; así mismo aclara que la información suministrada por COLFONDOS S.A., fue clara, detallada y precisa, e igualmente que la afiliación del demandante a COLFONDOS S.A., fue libre, válida y espontánea, razón por la cual no se generó ningún tipo de perjuicio.

Como excepciones de mérito propuso las excepciones que denominó CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PROPIAS DEL OBJETO Y DE LA NATURALEZA JURIDICA DE COLFONDOS S.A., FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DE LA PRETENSION DEL TRASLADO DE APORTES A COLPENSIONES, BUENA FE DE COLFONDOS S.A., 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.

Frente a **PORVENIR S.A.**, el Juez de primera instancia dio por no contestada la demanda.

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 28 de septiembre de 2021, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR, la ineficacia, en sentido estricto, de la afiliación del señor Pedro Alberto Mora Jaramillo, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., suscrita el día 20 de noviembre del año 1997, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar, que, para todos los efectos legales demostrados, no surtió 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 el rendimiento, que se hubiere causado, en virtud, del regreso automático, al régimen de prima media con prestación definida administrado por 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 conformidad a lo a qui, ordenado, proceda a adoptar el traslado, del señor Pedro Alberto Mora Jaramillo, del régimen de ahorro individual, con solidaridad, al régimen de prima media con prestación definida

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

QUINTO: CONDENAR, en costas, en primera instancia, a cargo de la Administradora de Fondos de Pensión y Cesantías Porvenir S.A., fijar como Agencias en derecho, en favor de la parte demandante, la suma de Un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, teniendo en cuenta la oposición que hizo la entidad al interior del presente tramite

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 al afiliado al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado. En relación a lo anterior, para el despacho existió una afectación del derecho fundamental de dignidad del trabajador a una vida digna, con una pensión por un valor mucho menor de mantenerse en el régimen, donde se está saltando la libertad de voluntad de escoger libremente el fondo por la parte interesada del afiliado, que tenía derecho a recibir una información veraz.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

La parte DEMANDANTE, interpone recurso de apelación de forma parcial, manifestando que respecto al numeral tercero de la sentencia no se estimó un término perentorio en el cual AFP PORVENIR devuelva todo los rendimientos y capital que tiene en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, en consecuencia solicita un término máximo de un mes para este trámite.

Frente a la ausencia de condena en costas en cabeza de COLFONDOS S.A., indicó que si bien es cierto esta administradora se allanó a las pretensiones, esta resultó vencida en juicio por tal motivo debe condenarse en costas, ya que hizo accionar el aparato judicial, tal y como lo hizo Colpensiones y Porvenir.

PARTE DEMANDADA- PORVENIR

Indicó la entidad en su recurso que esto no está conforme con la sentencia proferida, ya que no es procedente la ineficacia del traslado.

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 produjeron los 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”.

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 del señor 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.

PARTE DEMANDADA- COLFONDOS

La AFP COLFONDOS no se encontró de acuerdo, en cuanto a las mermas impuestas ya que no se generó ningún tipo de deterioro por el bien administrado y tal concepto hace alusión a una pérdida o disminución, lo que se torna contrario a la realidad, pues la cuenta de ahorro individual del demandante generó los respectivos rendimientos desde su traslado del ISS, esto es para el año 1997 y hasta el año 2005, fecha en la cual fue trasladado a Porvenir S.A.

Resaltó que COLFONDOS actuó de buena fe la cual debe presumirse conforme al artículo 83 de la Constitución Política, máxime cuando esta no fue controvertida dentro del proceso.

Por otra parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 100 de 1983, la Comisión de Administración no hace parte de los recursos pensionales dirigidos a financiar las prestaciones económicas que puedan causarse al cumplimiento de los requisitos legales, sino que se reitera a retribuir la gestión de las administradoras de pensiones, motivo por el cual es válido imponer en este caso una condena.

Que pese al allanamiento de las pretensiones de la demanda, no puede desconocerse que el demandante libre y voluntariamente se afilió a COLFONDOS S.A., y que en virtud de ello se encuentra bajo las prerrogativas y características propias del RAIS, las cuales le fueron puestas en conocimiento oportunamente.

PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la ineficacia del traslado no es procedente por estar fundamentada en la falta de información al afiliado, siendo que el demandante estaba capacitado para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen de acuerdo a la Ley 100 de 1993. Señaló, también, que el ISS –hoy Colpensiones, no participó en el traslado de régimen de la actora y no tiene ninguna responsabilidad en ese hecho.

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

Por último, enfatizó en la excepción de prescripción formulada en la contestación de la demanda y se mostró inconforme con la condena en costas y agencias en derecho, argumentando que COLPENSIONES actuó con buena fe y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones.

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:

PARTE DEMANDANTE: Replicó los argumentos expuestos en la demanda y solicitó al HONORABLE TRIBUNAL se confirme la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CUCUTA, mediante la cual se declara la ineficacia del traslado de Régimen efectuado por el señor PEDRO ALBERTO MORA JARAMILLO, de acuerdo a la aplicación de la jurisprudencia de la honorable corte suprema de justicia y por considerar que la misma se encuentra ajustada a derecho.

PARTE DEMANDADA COLPENSIONES: En sus alegatos de conclusión, la pasiva resaltó que La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – no está llamada a aceptar el traslado del demandante el señor PEDRO ALBERTO MORA JARAMILLO, teniendo en cuenta que Colpensiones ha actuado conforme a las normas legales vigentes para el presente caso; y reiterando que la entidad por vía administrativa no pudo reconocer en virtud, de la falta de requisitos legales, por cuanto a la fecha, el traslado efectuado al RAIS, tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado de régimen suscrito, por el demandante, del PRMPD administrado anteriormente por antiguo ISS hoy Colpensiones a partir de 1978, afiliándose posteriormente en el año 1997, a la AFP COLFONDOS S.A, Y luego en el año 2005 decide trasladarse dentro del mismo RAIS a PORVENIR S.A., lo anterior y teniendo en consideración lo consagrado en “Artículo 2° de la Ley 797 de 2003 modificó las condiciones para trasladarse de régimen, específicamente en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

PARTE DEMANDADA COLFONDOS: En los alegatos de conclusión, hizo hincapié en que al momento de la afiliación, COLFONDOS cumplió con los requisitos exigidos por la normatividad, brindando información completa, correcta y veraz sobre los beneficios y desventajas de pertenecer al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL; de la misma forma indica que está en el proceso claro que no se probó cual fue la indebida asesoría a la que se alude.

Sin embargo, más allá de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS del demandante, no debe condenarse a COLFONDOS S.A. a la devolución de conceptos distintos de los aportes de la cuenta de ahorro individual; ya que sobre el particular, NO es procedente ordenar la devolución de lo que COLFONDOS descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

PARTE DEMANDADA PORVENIR: En sus alegatos de conclusión, la pasiva solicitó se revoque la sentencia proferida por el A quo, y en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra.

Indicó que se debe tener en cuenta 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 por tal razón PORVENIR S.A. NO incurrió en la omisión de dar una debida asesoría, pues no existía norma que taxativamente indicara que información se debida brindar para considerarse cumplido ese requisito.

Que la normativa vigente para la época, contenía conceptos amplios sobre que era una debida asesoría, quedando al arbitrio de las partes estimar si hubo o no una debida asesoría, lo que resulta caprichoso.

Resaltó que la AFP PORVENIR informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen; que, de hecho, además de los canales dispuestos por la Administradora y el envío de la información junto con los extractos trimestrales, en el año 2004, PORVENIR S.A. junto con los demás fondos de pensiones realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y la demandante no hizo uso de esa legítimo derecho, por lo que nadie puede alegar su propia torpeza.

Respecto a la condena de que se restituyan con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A los gastos de administración descontados durante el tiempo que permaneció en el fondo, precisó que no comparte esta condena, pues al declararse la ineficacia del traslado, se ordena como consecuencia de ello, una serie de restituciones, entre ellas los frutos o rentabilidades generadas por el capital pensional, por lo tanto, se debe acudir al Código Civil, como referente normativo en este asunto; que en tal sentido, el artículo 964 del CC, inciso final, claramente establece que toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producir los frutos; que los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por el demandante el día 20 de noviembre del año 1997 a COLFONDOS 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 COLFONDOS S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES entidad a la que se encontraba afiliado con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Esto, conforme a la excepción de prescripción planteada por Colpensiones.
4. Analizar si de ser procedente la nulidad de traslado de régimen pensional, es posible estimar un término perentorio en el cual AFP PORVENIR deba dar cumplimiento a la presente sentencia.
5. Por último, se revisará la condena en costas a Colpensiones y la ausencia de condena en cabeza de la AFP COLFONDOS.

ANÁLISIS PROBATORIO

A fin de resolver lo anterior, la Sala acatando lo normado en los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S., tendrá como pruebas los documentos debidamente allegados al plenario tanto por el demandante como por las entidades demandadas, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario. También se tomará en cuenta el interrogatorio efectuado al demandante en lo concerniente.

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por 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 COLFONDOS. 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 PEDRO ALBERTO MORA JARAMILLO para realizar el cambio advertido.

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

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

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

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

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2.015 y la circular Externa 016 de 2.016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

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

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

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

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir

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

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

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que el demandante PEDRO ALBERTO MORA JARAMILLO estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde el 15 de junio de 1978, hasta que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación al fondo de pensiones COLFONDOS S.A a partir del 20 de noviembre de 1997 suscribiendo formato de traslado N.º 446571.

Revisando las pruebas allegadas al plenario, se evidencia que si bien en el formato visto a folio 28, en archivo PDF 00 del expediente digital, el cual fue suscrito por el demandante, se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, considera la Sala que estas calidades de la decisión no se encuentran demostradas, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de COLFONDOS S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró al demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

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

particular de la demandante.

Reiterándose que, le correspondía a dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, 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 del actor, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva COLFONDOS.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo al demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada COLFONDOS S.A, 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 al demandante PEDRO ALBERTO MORA JAARAMILLO 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 COLFONDOS S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el demandante el día 20 de noviembre 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 COLFONDOS S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

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

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De

no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *statu quo ante* no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

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

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

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

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia COLFONDOS, y de este al fondo PORVENIR, S.A., las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución por parte de dichos fondos privados a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, 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.

Por lo anterior, se **CONFIRMA** en este sentido la sentencia apelada y consultada.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

Dicho lo anterior es necesario para esta Sala, pronunciarse respecto de la excepción de prescripción formulada por la demandada AFP COLPENSIONES, y que fue materia de inconformidad por esta, la cual se procede a denegar su prosperidad bajo los siguientes razonamientos.

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

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

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

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

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

truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas.

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

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

SOLUCIÓN AL CUARTO PROBLEMA JURÍDICO

Así mismo, se observa que la parte demandante interpone recurso de apelación a la sentencia proferida en primera instancia, en sentido a que el A quo no se pronunció frente a un término perentorio el cual la AFP Porvenir S.A., debía devolver los montos a restituir por la nulidad del traslado a la AFP Colpensiones, frente a lo cual, aclara la Sala que no es procedente dicha petición, dado que el medio idóneo para recurrir al cumplimiento de la sentencia es en ejercicio del artículo 306 del CGP según el cual "...deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada. Formulada la solicitud el juez librará mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo señalado en la parte resolutive de la sentencia y, de ser el caso, por las costas aprobadas, sin que sea necesario, para iniciar la ejecución, esperar a que se surta el trámite anterior", sin que le sea posible a esta Sala establecer un término máximo en el cual la entidad deba dar observancia a lo que aquí se le ordena.

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.

La parte demandante en su recurso de apelación indica que, el A quo en sentencia de fecha 28 de septiembre de 2021 erró al no condenar en costas a la AFP COLFONDOS, parte demandada que a su juicio fue vencida en el presente trámite procesal, frente a lo cual es menester manifestar que si bien es cierto, la AFP COLFONDOS SA, en la contestación de la demanda se allanó a la pretensión principal de la demanda, la misma indica que se opone a la pretensión subsidiaria y la pretensión subsidiaria N° 2, planteando así mismo excepciones de mérito, y por tal motivo, y de acuerdo al artículo 365 del Código General del Proceso, es procedente REVOCAR la absolución en costas realizada por el A quo a la Administradora de Fondos de Pensión y Cesantía COLFONDOS S.A. y en su lugar, CONDENAR en costas en primera instancia a dicha entidad, teniendo en cuenta que fue vencida dentro del proceso, habiendo presentado oposición al interior del presente trámite.

Igualmente, se condenará en costas de segunda instancia a las partes vencidas en la presente actuación respecto del recurso de apelación, las partes demandadas, 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., COLFONDOS, 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: REVOCAR la absolución en costas resuelta por el A quo a cargo de la Administradora de Fondos de Pensión y Cesantía COLFONDOS S.A. y en su lugar, CONDENAR en costas en primera instancia a dicha entidad y favor del demandante, las cuales ser fijadas por el juez de primera instancia, de conformidad con el artículo 365 CGP.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 28 de septiembre de 2021.

TERCERO: 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., PORVENIR S.A., Y COLFONDOS, S.A., y en favor del demandante.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE


ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

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.: CORRECCIÓN

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala a CORREGIR a petición de parte, la parte resolutive de la sentencia fechada el primero (1º) de junio de dos mil veintidós (2022), dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-002-2020-00215-00 y P.T. No. 19611 promovido la señora GLORIA INES JORDAN GÓMEZ a través de apoderado judicial contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.

I. ANTECEDENTES

Para lo pertinente, la providencia objeto de corrección dictada por esta Sala resolvió lo siguiente:

“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”

Conforme a lo anterior procede la Sala con las siguientes,

II. CONSIDERACIONES:

El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social remite, por disposición del artículo 145, en los aspectos por él no contemplados, al Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones.

Al respecto, el Artículo 285 del C.G. del P., aplicable por analogía a nuestro procedimiento por no encontrarse norma al respecto en él, establece que:

“La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración”.

El art. 286 de la misma norma, señala:

“Toda providencia en que haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.”

Según las normas transcritas, es susceptible de aclaración la sentencia cuando ésta ofrezca verdadero motivo de duda, siempre que en la parte resolutive de la providencia se encuentren conceptos que se presten a interpretaciones diversas o que generen incertidumbre o que estén en la parte motiva, pero tengan relación directa con lo establecido en la resolutive; así mismo, se estableció como regla general que la sentencia no es revocable ni reformable por el Juez que la profirió. Por lo anterior, no es posible reformar la sentencia so pretexto de aclarar, puesto que no es posible modificar lo definido.

Respecto a lo señalado en el art. 286 del CGP y con fundamento en el principio de la seguridad jurídica, se precisa que la corrección de errores, tiene alcance restrictivo y limitado, por lo que, este mecanismo no puede ser utilizado para alterar el alcance de la decisión.

Caso en concreto.

Descendiendo al caso bajo estudio, la Sala considera que le asiste razón a la apoderada judicial de la parte demandada, en cuanto a que existe un ERROR de alteración de palabras en el ORDINAL PRIMERO de la sentencia proferida el primero (1º) de junio de dos mil veintidós (2022), en el sentido de que la decisión de primera instancia fue proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA el dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) y NO, por el once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021), error que no altera la congruencia entre las consideraciones de la sentencia y su parte resolutive, siendo procedente aplicar lo señalado en el inciso 3º del art. 286 del CGP analizado.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**, por intermedio de su **SALA DE DECISIÓN LABORAL**,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CORREGIR el **ORDINAL PRIMERO**, de la sentencia proferida por esta Sala fechada el primero (1º) de junio de dos mil veintidós (2022), en aplicación a lo previsto en el inciso 3º del art. 286 del C.G. del P., esto es; “...*cambio de palabras o alteración de estas*”, respecto a que, la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta fue el dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), quedando el **ORIDNAL PRIMERO** de la sentencia proferida por esta Sala de la siguiente manera:

***“PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)”.*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y forma por los que en ella intervinieron.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIA BELEN QUINTERO GÉLVES

MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2020-00248-01
RADICADO INTERNO:	19.634
DEMANDANTE:	MARLENE CARREÑO
DEMANDADO:	PROTECCIÓN S.A.

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante respecto de la sentencia del 1 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

La señora MARLENE CARREÑO interpone demanda ordinaria laboral en contra de PROTECCIÓN S.A., para que se declare su calidad de beneficiaria de la pensión de sobreviviente derivada por el fallecimiento de su hijo MICHEL ANDRÉS GUERRERO CARREÑO, ocurrido el 7 de octubre de 2018, por cuanto dependía económicamente de él para su supervivencia; solicita se reconozca el retroactivo causado, con intereses de mora y los reajustes legales correspondientes.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones manifestó:

- Que MICHEL ANDRÉS GUERRERO CARREÑO nació el 28 de marzo de 1991 del hogar conformado por ALIRIO GUERRERO y MARLENE CARREÑO, quienes convivieron temporalmente.

- Que la señora CARREÑO inició hace 27 años una nueva unión marital de hecho con el señor PEDRO ANTONIO DURÁN ÁLVAREZ, procreando juntos a: JEFFERSON ESNEIDER DURAN CARREÑO, EMERSON FARLEY DURAN CARREÑO, LEIDY DAYANA DURAN CARREÑO, BRYAN JOHANFFY DURAN CARREÑO, ANGIE MARIANGEL DURAN CARREÑO, esta última menor de edad.

- Que MICHEL ANDRÉS GUERRERO CARREÑO, se encontraba en la ebanistería donde laboraba su hermano JHONNY GUERRERO el día 7 de octubre de 2018, cuando presentó una convulsión denominada MIOCARDITIS VIRAL y falleció.

- Que MARLENE CARREÑO, dependía económicamente de MICHEL ANDRES GUERRERO CARREÑO, ya que ella no labora en ninguna entidad pública ni privada, ni de forma independiente, por lo tanto, no recibe salario, renta ni pensión alguna de parte del Estado o entidad privada.

- Que su compañero permanente PEDRO ANTONIO DURÁN ALVAREZ, no está en condiciones económicas de ayudarla en su manutención y gastos personales, ya que éste labora en la Secretaría de Educación Municipal de San José de Cúcuta, devengando una asignación mensual de \$ 2.036.061, desempeñándose como AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES GRADO 8, pero recibe un salario neto de \$ 1.033.759, debido a los descuentos que le realizan por tener créditos y embargos con cooperativas; por lo que el restante cubre los servicios públicos, alimentación y educación de los 5 hijos que tiene con la actora, siendo el joven MICHEL GUERRERO quien desde que inició a laborar, primero en MANTENIMIENTOS HELIO EST y posteriormente en TRANSIVIC S. A. S., empezó a ayudar económicamente a su señora madre .

La entidad demandada a través de apoderado judicial contestó la demanda indicando que no le constan los hechos narrados, oponiéndose a las pretensiones y señalando que no está acreditado el requisito de la dependencia económica del padre, que supone un criterio de necesidad, es decir de sometimiento o sujeción al auxilio que recibía del causante, demostrando que era imprescindible para asegurar la subsistencia que por su propia cuenta no es posible. Propuso como excepciones de mérito: Inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, improcedencia de los intereses de mora e innominada.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 1 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

***“PRIMERO:** Declarar probada las excepciones de inexistencia de la obligación solicitada por la administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION SA, en consecuencia, absolver a la entidad demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante MARLENY CARREÑO*

***SEGUNDO:** Condenar en costas a la parte demandante, MARLENY CARREÑO fijando como agencias en derecho en favor de la parte demandada, PROTECCION SA la suma de \$300.000.”*

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el litigio a resolver es si a la señora MARLENY CARREÑO le asiste el derecho a la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor MICHEL ANDRES GUERRERO CARREÑO) en calidad de madre de pendiente económicamente de él a partir del día 7 octubre de 2018 y a cargo de la entidad demandada; determinando como acreditada la calidad de madre de la actora y el fallecimiento del causante, con el registro civil correspondiente, así como que se le negó en sede administrativa el reconocimiento pensional.

- Que conforme a la Ley 797 de 2003, el causante debió cotizar 50 semanas en los 3 años anteriores al fallecimiento para generar el derecho de pensión de sobreviviente a sus beneficiarios, evidenciando que efectivamente entre el 7 de octubre de 2015 y el 7 de octubre de 2018 cotizó más de este límite establecido a cargo de PROTECCIÓN, alcanzando 59.71 semanas en este periodo.

- Sobre la calidad de beneficiaria de la actora, recuerda que conforme al artículo 47 de la Ley 100 de 1993 consagra a falta de cónyuge o compañera permanente los padres del causante si dependían económicamente de este; no existiendo reclamaciones de hijos con derecho, cónyuge o compañera permanente. Desarrollando la jurisprudencia el requisito de dependencia, refirió que la Corte Constitucional desde 2006 descarta que se trate de una simple colaboración, sino que se evidencia la necesidad de auxilio o protección que subordinaba la autonomía del individuo respecto de la capacidad económica y patrimonio del fallecido para salvaguardar sus condiciones mínimas de subsistencia.

- De otra parte, indicó que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL8406 de 2015 resaltó que el caso concreto debía estudiarse particularmente y no debe ser total o absoluta la dependencia, sino un amparo que evite la desprotección, sea importante, relevante y significativo sin llegar a exigir mendicidad o indigencia al reclamante. Citando igualmente sentencia SL1520 de 2021, donde se aclara que recibir ingresos adicionales por parte de los padres, no descarta la subordinación.

- Al estudiar el caso concreto, advierte que si bien no se acreditó que la actora tuviera ingresos al momento de fallecer el causante, tampoco se demostró que este brindara una ayuda significativa o fuera un verdadero sustento de apoyo económico a la madre, ni que estuviera supeditada a sus ingresos pues no se probó con que periodicidad entregaba ayudas a la causante, tampoco cómo afectó el fallecimiento a la subsistencia de la madre y si bien hubo pruebas sobre aportes al sostenimiento del hogar, este no tuvo la importancia que reclama la jurisprudencia.

- Sobre la documental, destaca las declaraciones extrajuicio de ANA ZULAY PULIDO, LISBETH KARINA PULIDO BLANCO, PAOLA CONTRERAS ÁLVAREZ, ALIRIO GUERRERO BLANCO, JUSTINE CARDOZO GARRIDO, PEDRO ANTONIO DURÁN ÁLVAREZ y la misma demandante; sin que se solicitara su ratificación es viable su análisis probatorio, pero estas solo señalan de manera general y con total similitud en su declaración que el causante no tenía hijos, que había dependencia y suministraba al hogar porque al padrastro no le alcanzaba, por lo que no se derivan manifestaciones claras, espontáneas y carentes de instrucción. Sin que en todo caso devenga de ellas la caracterización del apoyo económico para su valoración.

- De los testigos, LISBETH KARINA PULIDO BLANCO, ALIRIO GUERRERO BLANCO y YEFERSON DURAN CARREÑO; indica que la primera es superficial sobre la relación familiar y refirió una ayuda o apoyo a los gastos del hogar, no indica la periodicidad sino que algunas veces lo vio o acompañó a realizar pagos, dejó de indicar cuáles gastos supuestamente eran asistidos e incluso no conocía el monto de ingresos del causante, lo que le resta credibilidad. Sobre lo expuesto por el padre del causante, que si bien este vivía con su madre y hermanos ayudándoles económicamente, no se desprende que tuviera conocimiento directo pues afirmó que no iba a ese hogar sino que se veía con su hijo en ciertas ocasiones y era quien le informaba esta situación. Finalmente, sobre el señor YEFERSON, hermano del causante e hijo de la demandante que afirmó el causante era el único que trabajaba con su padre, y que los gastos del hogar, arriendo servicios públicos y medicamentos eran apoyados por su hermano en aproximadamente en \$900.000, quedándose el restante para sus gastos personales, pero esta declaración aunque cuantifica los gastos es inconsistente pues afirma que ganaba un salario mínimo, lo que es insuficiente para el rubro de la época.

- Concluye que si bien está demostrado el apoyo económico del causante a su madre, este no cumple los parámetros jurisprudenciales para consagrar

la dependencia económica relevante y significativa, por lo que declara probadas las excepciones de mérito incoadas y niega las pretensiones de la demanda.

3. RECURSO DE APELACIÓN

3.1 De la parte demandante

El apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación para que se revoque la sentencia desfavorable, argumentando lo siguiente:

- Que sí está demostrada la dependencia económica de la demandante con el causante y que era representativa, pues el hogar donde vivía el causante está conformado por 7 personas que en su mayoría son menores de edad y dependía de los ingresos del señor PEDRO DURÁN y MICHEL GUERRERO; indicando que el primero devengaba una suma insuficiente para sostener el hogar, y esto puede verificarse en el testimonio del hermano YEFERSON DURÁN quien es la persona más cercana para certificar las situaciones, al exponer que casi todos sus ingresos iban al pago de servicios que permitían la vida digna de la familia.

- Que no concuerda con la decisión de negar valor probatorio a las declaraciones extrajuicio aportadas por ser similares, dado que precisamente sobre esto versaba el litigio y era el asunto al que debían limitarse. Igualmente, que las alegadas inconsistencias en las estimaciones de YEFERSON DURÁN no son suficientes para desvirtuar su credibilidad.

3.2 Del Ministerio Público

El agente delegado del Ministerio Público para los asuntos del trabajo y de la seguridad social, se adhiere al recurso de apelación interpuesto por el demandante considerando:

- Que los testimonios practicados sí demuestran una dependencia económica parcial respecto de la actora y su hijo; pues se pudo establecer que de manera mensual y de forma permanente MICHEL ANDRÉS aportaba al sostenimiento del hogar de MARLENE CARREÑO, como explicó JEFERSON DURÁN, quien si bien determinó la suma de \$900.000 esto lo hizo como el gasto global y que parte de estos eran aportados por YEFERSON, no entendiendo de su declaración que este fuera el monto que entregaba y además refirió que cubría gastos médicos de la madre. Configurándose una dependencia parcial, que es suficiente para acceder a la calidad de beneficiaria, siendo consistentes los testimonios sobre el apoyo económico y no la entiende esporádica, porque señalan que el aporte era permanente no ocasional.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

El apoderado de la parte actora señaló que la demandante demostró la dependencia económica con su hijo MICHEL ANDRÉS GUERRERO, pues este con el producto de su trabajo solventaba los gastos de supervivencia en el hogar, pues el salario devengado por su compañero permanente no alcanza para satisfacer las necesidades básicas del hogar. Que igualmente los declarantes fueron contundentes y acordes a la realidad sobre la asistencia

económica del causante a su madre, por lo que debe reconocérsele la pensión de sobrevivientes.

• PARTE DEMANDADA:

El apoderado de la demandada solicitó confirmar la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si la señora MARLENE CARREÑO tienen derecho a que la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., les reconozca y pague la pensión de sobrevivientes como consecuencia del fallecimiento de su hijo MICHEL ANDRÉS GUERRERO CARREÑO?

7. CONSIDERACIONES

En el presente caso, la señora MARLENE CARREÑO, solicitan que la AFP PROTECCIÓN S.A les reconozca y pague la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento de su hijo MICHEL ANDRÉS GUERRERO CARREÑO, el 7 de octubre de 2018, para condenar al pago de las mesadas causadas desde la fecha en cita hasta el pago efectivo de la mesada.

El juez *a quo*, concluyó con fundamento en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, norma que regula la situación jurídica discutida y sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que si bien el causante tenía la densidad de semanas para dejar causada la pensión a sus beneficiarios, en este caso, la madre no acreditó su calidad de dependiente económica del causante ya que las pruebas resultan insuficientes para establecer con que periodicidad, intensidad y alcance se daba la ayuda económica que si bien no debe ser total, si debía evidenciarse como significativa.

Inconforme con las anteriores conclusiones, la parte demandante señala, que se demostró claramente la dependencia económica significativa de los ingresos del hijo fallecido para ayudar a su madre a subsistir, evidenciando la falta de capacidad económica de su cónyuge y que los testigos fueron consistentes en establecer la importante ayuda que brindaba el causante a su hogar; lo que fue coadyuvado por el Ministerio Público.

De acuerdo a lo anterior, no es objeto de controversia en el presente asunto, lo siguiente: (i) Que la demandante MARLENE CARREÑO es la madre de MICHEL ANDRÉS GUERRERO CARREÑO según registro civil de nacimiento No. 18856404 del 19 de mayo de 1992 ; (ii) Que este falleció el 7 de octubre de 2018 acorde a registro civil de defunción No. 08814296; y (iii) Que el señor GUERRERO CARREÑO presenta cotizaciones por total de 125 semanas, con un total de 59,71 entre febrero de 2017 y agosto de 2018 cuando fallece; es

decir, que cuenta con más de 50 semanas cotizadas en los 3 años previos a su fallecimiento.

Acorde al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por remisión del artículo 73, tendrán derecho a pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento; lo que efectivamente se verifica.

De otra parte, el artículo 74 de esa norma establece como beneficiarios, “*a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este*”; de allí que el objeto de la controversia se circunscriba a verificar si está acreditada la dependencia económica de los actores respecto de su hijo fallecido, toda vez que negado el derecho en primera instancia se repara por la parte actora que sí demostró el aporte económico vital que confería el fallecido a sus padres.

Para resolver lo anterior, cabe recordar que, en cuanto a la subordinación económica de los padres respecto de su hijo fallecido, exigida en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia indicó en sentencia SL14539 – 2016:

*“De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe contar cuando menos con los siguientes elementos: i) **debe ser cierta y no presunta**, esto es, que se tiene que demonstrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) **la participación económica debe ser regular y periódica**, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario; iii) las contribuciones que configuran la dependencia **deben ser significativas**, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones **deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente**, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia.*

*“Así, la dependencia económica tiene como rasgo fundamental el hecho de que, una vez fallecido el causante y, por lo mismo, extinguida la relación de contribución económica hacia el presunto beneficiario, **la solvencia de éste último se ve amenazada en importante nivel**, de manera que pone en riesgo sus condiciones dignas de vida. Esto es, una persona es dependiente cuando no cuenta con grados suficientes de autonomía económica y su nivel de vida digna y decorosa está subordinada a los recursos provenientes del que fallece.”*

De manera más reciente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3164 – 2021, indicó en cuanto a la subordinación económica de los padres respecto de su hijo fallecido: “*que no tiene que ser total y absoluta, por lo que la existencia de otros ingresos, rentas o recursos propios no conllevan, por sí solos, una total autonomía financiera por parte de los presuntos beneficiarios, pues, como ya se ha reiterado por esta corporación, no es necesario que se acredite un estado de mendicidad o indigencia para*

acceder así a la pensión de sobrevivientes. Sin embargo, esta Sala también ha enseñado que lo anterior no implica que cualquier contribución o estipendio que se le otorgue a los familiares pueda ser decisivo para acceder al derecho pensional:

[...] pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste, es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas (CSJ SL4811-2014).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala debe examinar si, a la luz de las pruebas obrantes al expediente, resulta equivocada o no la conclusión del juez *a quo*, en cuanto no halló acreditada, la dependencia económica de los padres demandantes respecto de su hijo fallecido, la cual, junto con la satisfacción de las semanas de cotización, que no son objeto de controversia en el presente asunto, son los presupuestos esenciales para hacerlos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes reclamada.

Al respecto, obran como pruebas las siguientes:

- Declaraciones extraprocesales rendidas bajo la gravedad del juramento por ANA ZULAY PULIDO CÁRDENAS, PAOLA GISSET CONTRERAS ÁLVAREZ, JUSTINE YIRDALIS CARDOZO GARRIDO, en donde manifestaron que conocían a MICHEL ANDRÉS GUERRERO CARREÑO, quien no tenía cónyuge o compañera permanente y tampoco hijos; que hasta su fallecimiento vivió bajo el mismo techo con su madre MARLENE CARREÑO y su padrastro PEDRO DURÁN ÁLVAREZ quienes dependían económicamente de él para sustentar gran parte de sus gastos de salud, manutención, alimentación, vivienda y vestuario pues ella no percibe rentas, salario, pensión o ayuda estatal alguna, pues el señor DURÁN tenía varias deudas.

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

Entonces, en este caso se advierte que, al contestar la demanda, PROTECCIÓN S.A. no solicitó la ratificación de estos declarantes y por ello, resulta procedente valorar estos documentos, sobre los cuáles el apelante reclama indebida apreciación.

No obstante, es necesario resaltar como hiciera el juez *a quo*, que el contenido de estas declaraciones no aporta mayor relevancia a favor de la demandante, pues además de ser manifestaciones uniformes y genéricas, ninguno de los declarantes expone la razón o ciencia de su dicho; es decir, las circunstancias

de modo, tiempo y lugar por la que percibieron los hechos que afirman, lo que resta total credibilidad a esa prueba. No se trata como alega el apelante que no tuvieran más que decir, pues como cualquier declaración para que genere convicción en el juzgador sobre su contenido, debe explicar cómo adquirió el conocimiento que predica y en estas cuatro declaraciones nada se dice sobre la clase de relación que tenían con el causante, con que periodicidad se veían, cómo percibieron los hechos relatados y estas omisiones impiden dar credibilidad al medio de prueba, pese a que se dejara de solicitar su ratificación

- Declaración extra proceso rendida por LISBETH KARINA PULIDO BLANCO en los mismos términos que las anteriores, pero ampliada en testimonio rendido durante la audiencia de instrucción; allí expuso ser comerciante, que conoce a MARLENE CARREÑO por ser la mamá de su amigo ANDRÉS y afirma que ella dependía económicamente de él, señalando que este vivía con ella, su padrastro y 4 hermanos, a quienes siempre ayudaba. Desconoce en que laboraba el padrastro, que fue amiga del causante por 7 años y que los hermanos estudiaban. Al ser cuestionada porqué ayudaba a la mamá, explica que por su cercanía ella a veces lo acompañaba a retirar el sueldo, veía en su casa como daba para arriendo o recibos e inclusive le pedía prestado a ella. Desconoce exactamente el salario, que provenía de una contratista de Aguas Kpital S.A. y no sabe si su aporte era una cuota fija, solo que su ayuda era alta.
- Declaración extra proceso rendida por PEDRO ANTONIO DURÁN ÁLVAREZ, quien expuso convivir en unión marital de hecho con MARLENE CARREÑO desde hace 27 años, con quien procreó 5 hijos y crio 2 hijastros, indicando que los primeros dependen económicamente de él para todos los gastos de salud, educación, manutención, alimentación, vivienda y vestuario pues no reciben renta, salario o pensión. Que devenga \$2.036.051 como auxiliar de servicios generales de la Secretaría de Educación Municipal como provisional en vacante definitiva, pero neto le queda \$1.033.759, por lo que su hijastro MICHEL GUERRERO aportaba de manera significativa para los gastos del hogar. De otra parte, se aportan desprendibles de nómina donde se verifican estas cifras, constando los descuentos de los aportes a pensión, salud, una libranza de Banco Pichincha, un embargo judicial a favor del Banco Agrario y descuento de Serfunorte y Sindicato INEM, expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Cúcuta, así como los oficios de embargo expedidos por los Juzgados Primero, Sexto y Décimo Civil Municipal de fechas marzo de 2015, junio de 2013 y enero de 2018.
- Registro civil de nacimiento de JHONY ALBERTO GUERRERO CARREÑO hijo de MARLENE CARREÑO y ALIRIO GUERRERO BLANCO, nacido el 8 de agosto de 1989; y de los hijos de MARLENE CARREÑO y PEDRO DURÁN ÁLVAREZ: JEFFERSON ESNEIDER DURÁN CARREÑO nacido el 24 de noviembre de 1993, EMERSON FARLEY DURÁN CARREÑO nacido el 19 de marzo de 1995, LEIDY DAYANA DURÁN CARREÑO nacida el 29 de marzo de 1999, BRYAN JOHANFFY DURÁN CARREÑO nacido el 26 de noviembre de 2000 y ANGIE MARIANGEL DURÁN CARREÑO nacida el 25 de mayo de 2003.
- Resumen de semanas cotizadas a PROTECCIÓN por parte del causante MICHEL ANDRÉS GUERRERO CARREÑO, donde se evidencian cotizaciones de abril a agosto de 2013 a través de MANTENIMIENTOS HELIO E.S.T., de agosto de 2013 a enero de 2014 a través de CARBONES DE EXPORTACIÓN, de junio a septiembre de 2014, de febrero a abril de 2014 nuevamente con MANTENIMIENTOS HELIO E.S.T., de febrero a junio de 2017 como independiente y de noviembre

de 2017 a agosto de 2018 como trabajador de TRANSIVIC S.A.S. Siempre con el salario mínimo mensual legal vigente.

- Declaración extraproceso rendida por ALIRIO GUERRERO BLANCO, quien explicó ser el padre de MICHEL ANDRÉS GUERRERO CARREÑO, quien era soltero y sin hijos al momento de su fallecimiento, vivía bajo el mismo techo que su madre MARLENE CARREÑO quien se dedica a las labores del hogar y dependía económicamente de su hijo; que por su parte no tiene interés para reclamar pensión por su fallecimiento pues devenga sus propios ingresos; esto fue ampliado en testimonio rendido en audiencia de instrucción, donde afirmó que fue esposo de la señora MARLENE CARREÑO entre 1987 y 1991, con quien procreó al causante MICHEL ANDRÉS, el que afirma ayudaba económicamente a su madre pues vivía con esta, su compañero PEDRO y sus hermanos, en el Barrio San Eduardo. Advierte que no visitaba ese hogar, conociendo de las ayudas de su hijo porque este le comentaba cuando se veían y no tiene contacto con los demás miembros de ese hogar. Desconoce el monto de los ingresos de su hijo o cuanto le daba, pero le dijo que le entregaba el total de lo que se ganaba.
- Testimonio rendido por JEFFERSON ESNEIDER DURÁN CARREÑO, quien es hijo de la demandante y hermano del causante, relatando que cuando este vivía todo lo que trabajaba era para su mamá, con su sueldo ayudaba para el arriendo, servicios y la salud porque ella es paciente oncológica. Que en ese hogar residían él, sus 4 hermanos y sus padres, para un total de 6 hijos, de los cuáles al fallecer MICHEL ANDRÉS ellos 4 estaban estudiando y advierte que la menor ANGIE MARIANGEL no solo era menor de edad, sino que también padece trastornos mentales. Expone que su papá PEDRO DURÁN y MICHEL ANDRÉS eran los encargados del sustento del hogar, que no recuerda cuando fue la última vez que su madre trabajó pues fue cuando era más joven. Sobre los gastos del hogar advierte que su hermano daba todo lo que se ganaba, pues allá se requieren 500 mil pesos de arriendo, 160 mil pesos de luz, 120 mil pesos de agua, 60 mil pesos de gas y 70 mil pesos de internet, alrededor de 900 mil pesos en total de gastos y explica que si sobraba lo usaba para sus gastos personales, que era principalmente su factura de celular, corte de cabello y elementos personales. Que su padre devenga sueldo pero tiene muchos embargos, por lo que se cubría conjuntamente con su hermano que daba casi todo su sueldo.

De las anteriores pruebas se deriva una narrativa común, coherente y creíble sobre que el joven MICHEL GUERRERO siempre convivió en el mismo hogar conformado por su madre MARLENE CARREÑO, su padrastro PEDRO DURÁN y sus 5 hermanastros; acorde a su historial de cotizaciones, el causante estuvo entre sus 22 y 27 años, esporádicamente vinculado a diferentes empleadores y devengaba el salario mínimo mensual legal vigente, siendo un relato uniforme que prácticamente la totalidad de este ingreso lo destinaba a apoyar el sostenimiento del hogar donde residía con sus 2 padres y 5 hermanos.

Ninguno de los testigos expuso un escenario diferente a este panorama general, según el cual el causante MICHEL GUERRERO era junto al señor PEDRO DURÁN, el sostén económico de su familia y esto por cuanto sus hermanos eran menores de edad o estaban en sus estudios durante el período en que laboró entre 2013 y 2018.

Respecto de las declaraciones y testimonios de PEDRO DURÁN ÁLVAREZ, ALIRIO GUERRERO y JEFFERSON DURÁN CARREÑO, miembros del núcleo familiar de la demandante, cabe precisar al respecto, que *“la ley procesal no establece ninguna presunción de sospecha contra el testigo por el mero hecho*

de su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, o por sus antecedentes personales u otras causas, sino que deja tal valoración “al concepto del juez”; criterio que debe estar soportado en la coherencia de la declaración y en su correspondencia con el contexto de significado”. (SC18595 de 2016).

Conforme a este criterio, para valorar sus manifestaciones, se evidencia que pese a la cercanía y posible interés en las resultas del proceso, no manifiestan hechos que contradigan o exageren el relato general derivado de las pruebas en su integridad. Se destaca, por ejemplo, que el señor PEDRO DURÁN expone ser un trabajador con salario fijo y mensual, pero no es suficiente para cubrir los gastos del hogar por diferentes descuentos mensuales que le realizan por préstamos y embargos, los cuáles demuestra mediante el desprendible de nómina y oficios de los juzgados al pagador, del cual se evidencia que solo cuenta con la mitad de su salario que actualmente equivale a un salario mínimo mensual legal vigente.

Igualmente el padre del causante, ALIRIO GUERRERO, acepta que su hijo fallecido siempre convivió con su madre y por esta razón era ella a quien asistía económicamente, no recibiendo él nunca un apoyo de su hijo pues tenía sus propios ingresos; y si bien afirma que esto proviene por la información que recibía de su propio hijo, indica sin ánimo de beneficiar a la parte actora que era por su falta de cercanía al hogar de su excompañera y no demuestra ningún interés en beneficiarle indebidamente con su manifestación, siendo su relato espontáneo y coherente con las demás pruebas.

En cuanto a la declaración del hermano del causante, sus manifestaciones también resultan ser coherentes con los demás medios de prueba, al reiterar que MICHEL ANDRÉS GUERRERO convivía con su madre, padrastro y 5 hermanos, siendo el mayor de estos quien laboraba y sus ingresos ayudaban al sostenimiento del hogar común; igualmente expuso los gastos mensuales del mismo sin que estos se denoten exagerados o inflados, máxime teniendo en cuenta la cantidad de personas que conformaban la familia y explicó que eran cubiertos conjuntamente por lo ganado entre su padre y su hermano, pues para entonces los demás hermanos no estaban en edad de laborar.

Se destaca que estos relatos provenientes del núcleo familiar coinciden con los de la testigo LISBETH PULIDO, quien expone ser amiga del causante por más de 7 años y haber presenciado que el producto de su trabajo se destinaba principalmente al sostenimiento de su familia, que residía con su madre y era testigo ocasional de cómo asumía el pago de servicios, arriendo o le entregaba esto a su progenitora.

Analizados así los medios de prueba, debe decirse que la acreditación del presupuesto de la dependencia económica exigida en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no está sometida al hecho de precisar el valor de la contribución o estipendio que el hijo fallecido le otorgue a sus padres, pues lo determinante para acceder al derecho pensional reclamado, *es demostrar el suministro regular y periódico de recursos significativos de la persona fallecida, respecto al total de ingresos de los beneficiarios, de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico* para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba para mantener unas condiciones de vida digna.

Adicionalmente, la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral, tiene adoctrinado que la carga de la prueba de la dependencia económica, **«corresponde a los padres-demandantes y, al demandado, el deber de desvirtuar esa sujeción material mediante el aporte de los medios de convicción**

que acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas» (CSJ SL6390-2016, rad. 48064) y recientemente en providencia SL5420 de 2021 se resaltó que “no es necesario acreditar «el monto del dinero aportado» por el causante (...) por la razón de que ese requisito no se encuentra previsto en la ley, de modo que no podría exigirse a los demandantes el cumplimiento de cargas adicionales o ajenas a las contempladas en la legislación, que, en este caso, se concretan en la carga de demostrar la dependencia económica, para lo cual existe plena libertad probatoria en favor de la parte actora, por una parte, y libertad de apreciación de las pruebas en favor del juez, por otra.”

De lo expuesto estima la Sala, que contrario a lo concluido en primera instancia, las pruebas reseñadas si exponen con suficiencia una sujeción económica de la madre a los aportes de su hijo fallecido y que estos eran determinantes en su sostenimiento familiar. Como señala la citada sentencia SL14539 de 2016, el primer elemento a determinar es que la dependencia económica debe ser cierta y no presunta, lo que puede verificarse por el hecho demostrado que MICHEL GUERRERO residía en el mismo hogar que su madre, su compañero y sus 5 hermanos, siendo su salario mensual parte fundamental en el cubrimiento del arriendo y servicios públicos por la insuficiencia demostrada del sueldo de su padrastro. Las reglas de la experiencia permiten verificar que el valor devengado por el señor DURÁN ÁLVAREZ sería insuficiente para una congrua subsistencia en un núcleo familiar conformado por 8 personas, donde solo se acreditó que dos laboraran regularmente.

Respecto del segundo elemento, que la participación económica fuera regular y periódica, la cual descartó el *a quo* por no mencionarse específicamente por los testigos; estima la Sala que un análisis integral de las declaraciones no daba dudas a que precisamente por residir permanentemente en ese hogar, la única conclusión lógica a inferir era que su participación económica era en esta condición de residente permanente y por ende regular y periódica. No era necesario que se manifestara expresamente que era mensual, pues todos los declarantes son contestes en exponer como destinaba su salario al sostenimiento permanente del hogar.

Finalmente, también se evidenció el alcance significativo de su aporte, dado que su padrastro para la época devengaba un valor ligeramente superior a un salario mínimo y el causante un rubro igual al mínimo, el cual destinaba casi en su totalidad al hogar excepto por los gastos de aseo personal y telefonía celular propia, lo que permite evidenciar que su aporte era proporcionalmente similar al de su padrastro y no se demostró que existieran rentas adicionales o superiores que desestimaran esta versión coherente y congruente derivada de las pruebas reseñadas.

Todo lo anterior permite concluir que la solvencia del hogar de la señora MARLENE CARREÑO se vio afectada notoriamente por el súbito fallecimiento de su hijo MICHEL ANDRÉS GUERRERO, dejando en riesgo sus condiciones dignas de vida al establecerse que esta no contaba con ingreso alguno para su autosostenimiento y que su nivel de vida dependía significativamente de lo aportado por el causante.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá revocar la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 1 de diciembre de 2021 que declaró probadas las excepciones y en su lugar se reconocerá que MARLENE CARREÑO tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo MICHEL ANDRÉS GUERRERO CARREÑO, al acreditar los requisitos para su causación, la cual se reconocerá en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente acorde a los valores sobre los que cotizó.

Acorde a los anexos de la demanda, la actora elevó su reclamación en agosto de 2019 y la demanda fue radicada en agosto de 2020, sin que transcurriera el término para configurar la excepción de prescripción; por lo anterior, el retroactivo causado entre el 7 de octubre de 2018 a junio de 2020 equivale a \$42.300.261,32, conforme a la siguiente liquidación

Año	Mesada	No. Mesadas	Total
2018	\$ 781.242,00	2,96*	\$ 2.312.476,32
2019	\$ 828.116,00	13	\$ 10.765.508,00
2020	\$ 877.803,00	13	\$ 11.411.439,00
2021	\$ 908.526,00	13	\$ 11.810.838,00
2022	\$ 1.000.000,00	6	\$ 6.000.000,00
			\$ 42.300.261,32

**Se liquidan 2 mesadas (noviembre y diciembre), 22 días de octubre y proporcional la mesada adicional.*

Respecto de la pretensión destinada a reclamar intereses moratorios conforme al artículo 141 de la ley 100 de 1993, se ha indicado jurisprudencialmente que *“se han distinguido casos excepcionales para no imponer la condena por los mencionados intereses, «en los que las administradoras de pensiones niegan administrativamente un determinado derecho pensional con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la prestación se reconoce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas [...]» (sentencia CSJ SL3112-2020) o cuando existe controversia entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL. 21 sep. 2010, rad. 33399 y CSJ SL14528-2014)”*; estimando la Sala que en este caso no proceden por cuanto las declaraciones extrajuicio aportadas con la reclamación administrativa, eran notoriamente insuficientes para demostrar la calidad de beneficiaria de la pensión y por ende, su negativa inicial estuvo amparada al ordenamiento legal. En consecuencia, se dispondrá la indexación de las mesadas pensionales entre su fecha de causación y su pago efectivo.

De otra parte, se autorizará el descuento de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, como disponen los artículos 157 y 203 de la Ley 100 de 1993, 26 del Decreto 806 de 1998 y 2° del Decreto 4248 de 2007, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia *–como la sentencia SL 7.061-2016.–*

Finalmente, se condenará en costas de ambas instancias a la A.F.P. PROTECCIÓN y se fijarán como agencias en derecho un salario mínimo mensual legal vigente en primera instancia, y medio salario mínimo mensual legal vigente en segunda instancia.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia impugnada del 1 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones anteriormente expuestas y en su lugar DECLARAR que MARLENE CARREÑO tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo MICHEL ANDRÉS GUERRERO CARREÑO, a partir del 7 de octubre de 2018 y en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente.

SEGUNDO: CONDENAR a A.F.P. PROTECCIÓN a reconocer y pagar por concepto de retroactivo pensional causado entre el 17 de octubre de 2018 a junio de 2020 la suma de \$42.300.261,32, debidamente indexado entre la fecha de causación de cada mesada y su pago efectivo, así como las mesadas que se sigan generando hasta la inclusión en nómina.

TERCERO: AUTORIZAR a A.F.P. PROTECCIÓN a realizar los descuentos de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, como disponen los artículos 157 y 203 de la Ley 100 de 1993, 26 del Decreto 806 de 1998 y 2º del Decreto 4248 de 2007.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por la pasiva.

QUINTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada, fijando como agencias en derecho un salario mínimo mensual legal vigente en primera instancia, y medio salario mínimo mensual legal vigente en segunda instancia.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

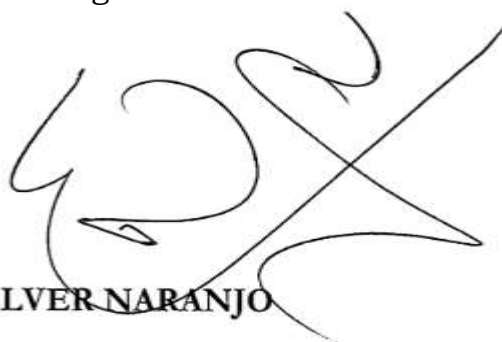
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de junio de Dos Mil Veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2021-00150-00
RADICADO INTERNO:	19.616
DEMANDANTE:	NUBIA DEL SOCORRO SOLANO QUINTERO
DEMANDADO:	COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora NUBIA DEL SOCORRO SOLANO QUINTERO contra COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2021-00150-00, y Radicación interna N° 19.616 de este Tribunal Superior, para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y del Grado Jurisdiccional de Consulta de la Sentencia del 25 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

La señora NUBIA DEL SOCORRO SOLANO QUINTERO, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES para que se le condene a reconocer y pagar indemnización sustitutiva de pensión de vejez estimada en un total de \$16.054.993; así como la indexación sobre esta suma.

Como fundamento fáctico refiere, que durante el transcurso de su vida laboral se desempeñó como docente en el sector público y en varios cargos en el sector privado; por lo primero le fue reconocida pensión de jubilación mediante RESOLUCION 488 del 25 enero de 2018, expedida por LA SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por haber prestados sus servicios como docente durante más de 22 años. Pero paralelamente estuvo afiliada como trabajadora dependiente de organizaciones privadas y cotizó a favor del I.S.S. (hoy Colpensiones), por 11 años para un total de 587.57 semanas por las cuáles solicitó el reconocimiento de indemnización sustitutiva, pero le fue negada alegando incompatibilidad de prestaciones, lo que jurisprudencialmente ha sido rechazado pues se trata de una prestación con aportes diferentes.

La demanda fue inicialmente admitida por el JUZGADO PRIMERO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE CÚCUTA, y una vez notificada, la demandada COLPENSIONES contestó a los hechos aceptando lo contenido en las diferentes resoluciones expedidas, la historia laboral y el expediente administrativo pero advirtiendo que no le constaban los demás; se opuso a las pretensiones por estimar que como la actora ya percibe una pensión de

jubilación del FOMAG, conforme al artículo 128 de la Constitución no puede percibir otra prestación del tesoro público, siendo incompatible la pretensión además con la misma prohibición derivada del artículo 19 de la Ley 4 de 1992, Ley 100 de 1993 y 797 de 2003 que prohíbe beneficiarse dos veces del sistema pensional. Propone como excepciones la BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD.

Por su parte el procurador delegado para asuntos del trabajo y de la seguridad social, emitió concepto señalando, que jurisprudencialmente está claro que la pensión especial de los docentes oficiales a cargo del FOMAG es compatible con las prestaciones derivadas de la afiliación al sistema general de pensiones, ya sea la pensión de vejez o la indemnización sustitutiva en caso de no cumplir los requisitos para la consolidación del derecho a la pensión.

En audiencia del 19 de abril de 2021, el JUZGADO PRIMERO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE CÚCUTA advirtió, que por exceder las prestaciones el rubro de única cuantía, debía declarar la falta de competencia para seguir conociendo y remitió el expediente a reparto, correspondiendo al JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA que avocó conocimiento en auto del 19 de mayo de 2021 y dio continuidad al trámite.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la demandada y del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, sobre la Sentencia del 25 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“Primero.- DECLARAR que la señora NUBIA DEL SOCORRO SOLANO QUINTERO, le asiste el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones..

Segundo.- ORDENAR a la entidad demandada, pagar en favor de la parte demandante la suma de \$ 23.469.396, por concepto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, sin perjuicio de la indemnización que se va a efectuar al momento de su pago.

Tercero.- DECLARAR no probadas las excepciones solicitadas por Colpensiones.

Cuarto.- CONDENAR en costas a la parte demandada.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el litigio consiste en determinar si a la señora NUBIA DEL SOCORRO SOLANO le asistía el derecho al reconocimiento y pago por parte de Colpensiones, de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez; estando evidenciada la edad, la afiliación de la actora al I.S.S. y sus cotizaciones, al tiempo que es pensionada por el magisterio docente por sus servicios en el sector público, por lo cual COLPENSIONES alega la incompatibilidad de las prestaciones.

- Señala, respecto de la compatibilidad de las prestaciones de los docentes, que la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio para reconocer las prestaciones de los docentes del sector público y estos fueron excluidos de la Ley 100 de 1993, régimen que fue modificado hasta el año 2003 con un régimen de transición para los docentes afiliados en ese momento y el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó los regímenes de transición; por lo que el régimen de docentes estatales depende de la fecha de ingreso y la vigencia de la norma para entonces, siendo compatibles las prestaciones que se financien por cada uno de estos sistemas independientes e inicialmente excluyentes.

- Para el caso concreto, es un desacierto afirmar que tras la Ley 812 de 2003 todos los docentes derivan en una incompatibilidad de prestaciones, pues ello desconoce que se trata de dos sistemas históricamente diferentes y no fue la voluntad del legislador al proteger el régimen de docentes con la exclusión de la Ley 100 de 1993.

- Agrega, que COLPENSIONES se equivoca al interpretar la incompatibilidad expresada en la resolución que reconoció pensión de jubilación, pues ella se refiere al acceso a cargos de docencia en el sector estatal y el goce simultáneo de la pensión, no a disfrutar una pensión del RPM. Igualmente, no existe doble disfrute del tesoro público, pues los aportes del sistema general de pensiones tienen una naturaleza parafiscal y no son dineros de la Nación.

- Conforme a la fecha de ingreso de la actora al sector oficial, es admisible la compatibilidad de prestaciones que se reclaman y por ende, al cumplir los requisitos para la indemnización sustitutiva que es la edad para la pensión pero no las semanas afirmando su imposibilidad para seguir cotizando, tiene derecho a reclamar esta que acorde a la liquidación realizada por el despacho asciende a \$23.469.396. Siendo improcedente la excepción de prescripción acorde a la naturaleza pensional de la indemnización.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación contra lo resuelto por el *a quo*, señalando lo siguiente:

- Que la indemnización sustitutiva no resulta compatible con la pensión del magisterio como se alegó en la negativa expedida en sede administrativa, acorde al artículo 6° del Decreto 1730 de 2001 que establece dicha incompatibilidad con las pensiones de vejez para posteriormente percibir una indemnización sustitutiva, dado que todos los tiempos cotizados al sector público y privado deben ser destinados para financiar la pensión.

- Que igualmente se desconocen los artículos 128 de la Constitución Política y la Ley 4 de 1992 que consagran la imposibilidad de percibir doble erogación del Estado, y la caracterización de universal del sistema general de pensiones que busca evitar el acceso a dos prestaciones que cubran el mismo riesgo sin importar la entidad a la que estuviere afiliado.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado en artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

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

• **PARTE DEMANDANTE:** No presentó alegatos

• **PARTE DEMANDADA:** La apoderada de la parte demandada manifestó que las pretensiones no están llamadas a prosperar por cuanto la actora goza de pensión y por ende la indemnización sustitutiva no resulta compatible con la indemnización sustitutiva, acorde al artículo 6° del Decreto 1730 de 2001, pues acorde al artículo 2 del decreto 2527 de 2000 en concordancia con el artículo 17 de la ley 549 de 1999, se estableció que todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS deben ser utilizados para financiar la pensión; lo anterior concordante al artículo 128 de la Constitución y el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, por lo que es improcedente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Reclama la operación de la prescripción y que no procedían las costas por haber actuado de buena fe, siguiendo lineamientos legales.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala es el siguiente: ¿Si en este caso la Demandante NUBIA DEL SOCORRO SOLANO QUINTERO tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de pensión de vejez consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada pensional que percibe por parte del Magisterio Docente?

8. CONSIDERACIONES:

En atención a la controversia que se plantea en el presente caso, le corresponde a la Sala de Decisión Laboral determinar como primer aspecto dado el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación de COLPENSIONES, definir si la indemnización sustitutiva de pensión de vejez es compatible con la pensión de jubilación que le fue reconocida a la demandante NUBIA DEL SOCORRO SOLANO QUINTERO por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, el juez *a quo* resolvió que acorde a la naturaleza de las prestaciones resultan compatibles por tratarse de un beneficiario del régimen de exclusión de los docentes oficiales que configuró sus derechos antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y las normas que integraron al sistema general de pensiones, tratándose además de prestaciones financiadas por sistemas independientes. Conclusiones que serán objeto de estudio según los argumentos de los apelantes y el grado jurisdiccional de consulta.

Al respecto, encuentra esta Sala que son hechos demostrados los siguientes:

- Mediante Resolución No. 00488 del 25 de enero de 2018, la Secretaría de Educación Departamental de Norte de Santander reconoce pensión

vitalicia de jubilación a la señora NUBIA DEL SOCORRO SOLANO QUINTERO por servicios prestados como docente departamental, indicando que prestó servicios entre el 21 de marzo de 1995 al 22 de marzo de 2017 por 22 años y 2 días.

- Mediante Resolución No. SUB234866 del 30 de octubre de 2020, COLPENSIONES negó la indemnización sustitutiva solicitada por cuanto la reclamante percibía pensión del FOMAG, por lo que se trata de prohibición constitucional percibir dos aportes del tesoro público y entonces los aportes deben destinarse a financiar una sola prestación.

Para resolver el primer aspecto de la controversia, es necesario precisar que jurisprudencialmente se ha identificado que el concepto de compatibilidad pensional se debe definir por tres conceptos: (i) *el origen de la contingencia o riesgo que amparan –criterio principal–, ello siempre que no exista una normativa especial que prohíba la compatibilidad;* (ii) **la existencia de una reglamentación propia**, y (iii) **la autonomía de la fuente de su financiación**, como ha reiterado la Sala de Casación Laboral en múltiples decisiones y recientemente en providencia SL3111 de 2019.

Específicamente sobre la compatibilidad de las pensiones reconocidas en el régimen de los docentes *afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*, como son la pensión de jubilación y la pensión gracia-, y aquellas consagradas en el Sistema Integral de la Ley 100 de 1993 –pensión de vejez o indemnización sustitutiva/devolución de saldos–, se ha establecido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, *“que la pensión de jubilación reconocida a docentes es compatible con la pensión de vejez que puede obtenerse de Colpensiones, por la fuerza laboral desplegada en una institución privada”*. La alta corporación, también ha sido reiterativa en advertir que *“los aportes que realizan los afiliados a la pasiva no pueden equipararse a dineros del tesoro público, pues estos no son propiedad de esta entidad, sino que aquella solo actúa como mera administradora de dichos recursos, y en caso de que los aportes provengan de una entidad pública, tampoco se puede indicar que son del erario, pues estas cotizaciones tienen una naturaleza parafiscal con una destinación específica”*. (CSJ SL, 14 feb. 2005, rad. 24062, CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y SL 451-2013).”

Esta conclusión, se funda en las razones de existir para los docentes públicos una reglamentación propia y por tener esas prestaciones dos fuentes de financiación diferentes, independiente de que en apariencia cubran el mismo riesgo o contingencia; explicando la Corte en providencia del 6 de diciembre de 2011, rad. 40848, reiterada en SL2655 de 2018 que *“el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, (...) **que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado**, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación”* y así cuando los docentes oficiales desarrollan funciones adicionales en establecimientos educativos de orden particular o cualquier otra relación laboral particular diferente, surge para sus empleadores el deber de cotizar en función de dicha relación laboral, por lo que la prestación a cargo del I.S.S. tiene su origen en dichos aportes mientras la del magisterio docente está financiada por asignaciones provenientes del tesoro público.

Así mismo, debe señalarse que el artículo 6° del Decreto 1730 de 2001 que refiere la apelación advierte sobre incompatibilidad de la indemnización sustitutiva con las pensiones de vejez e invalidez que se fundan en los mismos aportes, dado que precisamente busca evitar que los fondos que deben sustentar una misma pretensión se utilicen dos veces y nada se refiere a

incompatibilidad con pensiones derivadas de los beneficiarios de regímenes excluidos, máxime cuando una se funda en tiempos de servicios públicos y la otra en cotizaciones por empleadores privados.

Al respecto, es necesario resaltar que en la jurisprudencia citada anteriormente la Sala de Casación Laboral es muy clara al advertir que para todos los efectos las cotizaciones paralelas que permitirían financiar una prestación del sistema general de pensiones a los docentes oficiales, son los que provienen del sector privado; esto se refuerza con lo expuesto en providencia SL2649 de 2020, al indicar:

“cumple indicar que el artículo 31 del Decreto 692 de 1994 prevé la posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores, en los siguientes términos:

Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.

*En cuanto a dicho postulado, la Sala ha precisado que solo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, **si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones**, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo (CSJ SL451-2013).”*

Bajo este criterio legal y jurisprudencial, solo sería posible predicar incompatibilidad si mientras mantuvo su régimen de docente de carrera, las cotizaciones al I.S.S. fueran contabilizadas dos veces para efectos de beneficiarse de dos regímenes excluyentes cuando se trata de servicios prestados al sector público. La norma autoriza los aportes paralelos a los docentes oficiales, exclusivamente para prestar servicios al sector privado y esto se reflejó al momento de reconocer la pensión de jubilación, contabilizando los servicios al sector público en su totalidad, sin que se evidencie se tuvieran en cuenta tiempos cotizados al I.S.S. o COLPENSIONES y tampoco se encuentra que alguno de los empleadores registrados en el historial de cotizaciones de la actora, tenga naturaleza pública, al tratarse de colegios e instituciones educativas privadas.

En el caso de estudio, a la actora ya le fue reconocida una pensión de jubilación por parte del FOMAG, y actualmente está reclamando el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez en el régimen de prima media a cargo de COLPENSIONES; cumpliéndose con los conceptos de reglamentación propia y autonomía en fuente de financiación para validar la compatibilidad entre prestaciones de ambos regímenes, dado que cada una cuenta con recursos propios para su financiación, y los aportes que realicen los afiliados a la pasiva no pueden equipararse a dineros del tesoro público, por que provienen de su fuerza productiva en la proporción legalmente asignada para empleador y trabajador.

De acuerdo con lo explicado, es claro para la Sala que la pensión de jubilación reconocida a la actora como docente oficial resulta compatible con la indemnización sustitutiva al tratarse de regímenes con reglamentación propia y autonomía de financiación.

Resuelto lo anterior, es procedente entonces abordar en segundo lugar por virtud del grado de consulta, si tiene derecho la actora a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, con fundamento en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003; norma que señala *“Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”*.

De esta manera, ha resumido la Sala de Casación Laboral en Sentencia SL4583 del 17 de octubre de 2018, que *“a efectos de obtener la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se debe acreditar lo siguiente: i) que el afiliado arribe a la edad requerida para la pensión de vejez; ii) que no haya cotizado el mínimo de semanas previsto para la pensión de vejez, y iii) que el interesado manifieste su imposibilidad de seguir cotizando.”* y sobre ella, la Corte Constitucional en Sentencia T-164 de 2017 señaló que *“la finalidad de la seguridad social en pensiones se encamina a que toda persona logre consolidar un derecho pensional; no obstante ante la imposibilidad fáctica de causarlo, la ley plantea como medida sustitutiva, la devolución de aportes a través de la indemnización sustitutiva”*.

De esta manera, según historial de cotizaciones, la actora cotizó apenas un total de 587,57 semanas al sistema, insuficientes para cubrir los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el artículo 33 de la ley 100 y teniendo en cuenta que cumplió los 57 años el 22 de marzo de 2019, desde el momento en que declaró su imposibilidad para seguir cotizando tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, esto fue en octubre 13 de 2020 cuando solicitó la prestación.

Confirmado así el principal problema jurídico, es del caso pronunciarse sobre el monto de la indemnización, asunto que si bien fue definido por el juez a quo, debe ser revisado en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Esta prestación es desarrollada por el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, donde se señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 3°-Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento”.

Calculo que arroja los siguientes resultados:

LIQUIDACIÓN DE INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN											AÑO		*MES		
PERIODOS DE COTIZACIONES						FECHA EN DONDE SE RECLAMA LA INDEMNIZACIÓN (Año/Mes) :						2020		10	
DESDE			HASTA			# Días	# Semanas	% de Cotizac. Legal	# semanas multiplicado por % de cotización	ÚLTIMO SALARIO BASE DE COTIZACIÓN	IPC	IPC	SALARIO ACTUALIZADO Ó INDEXADO	SALARIO ACTUALIZADO MULTIPLICADO POR NÚMERO DE DÍAS	
Año	*Mes	Día	Año	*Mes	Día						FINAL	INICIAL			
1987	02	11	1987	11	30	293	41,86	6,5	272,07	\$ 21.420,00	103,80	2,90	\$ 766.688,28	224639664,83	
1988	03	02	1988	11	30	274	39,14	6,5	254,43	\$ 39.310,00	103,80	3,60	\$ 1.133.438,33	310562103,33	
1989	02	09	1989	12	1	296	42,29	6,5	274,86	\$ 47.370,00	103,80	4,61	\$ 1.066.595,66	315712315,84	
1990	02	27	1990	12	1	278	39,71	6,5	258,14	\$ 79.290,00	103,80	5,81	\$ 1.416.575,22	393807909,81	
1991	02	06	1991	12	1	299	42,71	6,5	277,64	\$ 123.210,00	103,80	7,69	\$ 1.663.094,67	497265305,85	
1992	02	06	1992	03	29	54	7,71	6,5	50,14	\$ 150.270,00	103,80	9,74	\$ 1.601.440,04	86477762,22	
1992	03	30	1992	12	2	245	35,00	6,5	227,50	\$ 220.530,00	103,80	9,74	\$ 2.350.206,78	575800660,16	
1993	07	28	1993	12	7	133	19,00	6,5	123,50	\$ 123.210,00	103,80	12,19	\$ 1.049.154,88	139537599,18	
1996	03	01	1996	03	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 357.603,00	103,80	21,83	\$ 1.700.375,24	51011257,08	
1996	04	01	1996	04	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 357.603,00	103,80	21,83	\$ 1.700.375,24	51011257,08	

2001	10	01	2001	10	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 735.986,00	103,80	43,27	\$ 1.765.549,96	52966498,82
2001	11	01	2001	11	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 735.986,00	103,80	43,27	\$ 1.765.549,96	52966498,82
2001	12	01	2001	12	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 735.986,00	103,80	43,27	\$ 1.765.549,96	52966498,82
2002	01	01	2002	01	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 735.986,00	103,80	46,58	\$ 1.640.089,03	49202670,76
2002	02	01	2002	02	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 735.986,00	103,80	46,58	\$ 1.640.089,03	49202670,76
2002	03	01	2002	03	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 735.986,00	103,80	46,58	\$ 1.640.089,03	49202670,76
2002	04	01	2002	04	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 735.986,00	103,80	46,58	\$ 1.640.089,03	49202670,76
2002	05	01	2002	05	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 801.615,00	103,80	46,58	\$ 1.786.338,28	53590148,35
2002	06	01	2002	06	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 752.400,00	103,80	46,58	\$ 1.676.666,38	50299991,41
2002	07	01	2002	07	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 752.400,00	103,80	46,58	\$ 1.676.666,38	50299991,41
2002	08	01	2002	08	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 752.400,00	103,80	46,58	\$ 1.676.666,38	50299991,41
2002	09	01	2002	09	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 752.400,00	103,80	46,58	\$ 1.676.666,38	50299991,41
2002	10	01	2002	10	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 752.400,00	103,80	46,58	\$ 1.676.666,38	50299991,41
2002	11	01	2002	11	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 752.400,00	103,80	46,58	\$ 1.676.666,38	50299991,41
2002	12	01	2002	12	30	30	4,29	13,5	57,86	\$ 752.400,00	103,80	46,58	\$ 1.676.666,38	50299991,41

Total Días		Sumatoria # semanas multiplicado por % de Cotización	
	4.034		5907,86
Total Semanas (SC)	576,29		
*Porcentaje Promedio de Cotización (PPC)= Sumatoria # de semanas multiplicado por % de Cotización de esas semanas dividida por el total de todas las semanas	10,25		

SUMATORIA de salarios actualizados por el # de días de ese salario	6.293.356.364,68
INGRESO PROMEDIO MENSUAL= Sumatoria Dividida por # Total de días	\$ 1.560.078,42
Salario Base cotización semanal (SBC)= Ingreso mensual dividido por 30 y mutiplicado por 7	\$ 364.018,30
TOTAL INDEMNIZACIÓN= (SBC x SC x PPC)	\$ 21.505.681,08

Realizados los cálculos correspondientes según la historia laboral de cotizaciones, un SALARIO BASE DE COTIZACIÓN de \$364.018,30, con 576,29 semanas cotizadas y un promedio ponderado de porcentajes de cotización de 10.25%, arroja una indemnización sustitutiva en total de \$21.505.681,08, que resulta inferior a la liquidada en primera instancia donde se incluyeron unos días adicionales a los meses posteriores a 1995 que no se estimaron con base a 30 días mensuales acorde a los parámetros normativos y jurisprudenciales, por lo cual será modificado el valor de la condena en la presente decisión, sin perjuicio de la indexación a liquidar desde octubre de 2020 a la fecha de pago efectivo

Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a COLPENSIONES por no prosperar su apelación, fijando como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia del 25 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en el sentido de que el valor a cancelar asciende a la suma de \$21.505.681,08 liquidado a octubre de 2020, que se debe cancelar indexado a la fecha de pago efectivo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la sentencia apelada y en consulta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente a favor del actor.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2.022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2021-00426-01
RADICADO INTERNO:	19.805
DEMANDANTE:	MARIA EDDY SANDOVAL JAIMES
DEMANDADO:	PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELEM QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del auto del veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2.022), mediante el cual el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta rechazó la demanda; a continuación, se dicta el siguiente:

AUTO

1. Antecedentes

La señora MARIA EDDY SANDOVAL JAIMES mediante apoderada judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PORVENIR S.A., solicitando el reconocimiento y pago de su pensión de vejez o pensión mínima de vejez por las semanas efectivamente cotizadas y validadas que ascienden a 1.270. También solicitó que la devolución y emisión de bono pensional sean abonados como mesadas pensionales retroactivas debido a que recibió una mala asesoría de su abogada y que COLPENSIONES dilató su proceso de corrección y validación de semanas con las cuales acreditaba su pensión de vejez.

Mediante providencia del 13 de enero de 2.022 se devolvió la demanda a la apoderada de la parte actora al advertirse falta de reclamación administrativa ante Colpensiones y que no se había aportado la prueba de existencia y representación legal de la AFP PORVENIR S.A.

A través de correo electrónico de fecha 18 de enero de 2.022, la apoderada de la parte demandante remitió subsanación de la demanda.

Por auto del 24 de febrero de 2.022, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta rechazó la demanda. Contra la anterior providencia, la apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación, el cual fue concedido por el juzgado de primera instancia mediante auto de fecha 1. ° de abril de 2.022.

2. Decisión que se pretende recurrir

Mediante providencia del 24 de febrero de 2.022, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta rechazó la demanda, exponiendo los siguientes argumentos:

- Que la actora hizo caso omiso de las directrices plasmadas en auto de fecha 13 de enero de 2.022, pues no acreditó el agotamiento de la reclamación administrativa ante COLPENSIONES con relación a lo pretendido en el escrito de demanda y tampoco aportó el certificado de existencia y representación legal de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

3. Recurso de apelación

La apoderada de la parte actora presentó recurso de apelación en contra de la providencia por medio de la cual el *a quo* rechazó la demanda, manifestando que:

- Que de acuerdo a lo estipulado en auto que inadmitió la demanda, procedió a realizar reclamación administrativa, la cual quedo radicado bajo el número 2022_548420 del 18 de enero de 2.022, y fue aportada junto con certificado de existencia y representación legal en la subsanación de la demanda en 123 folios que se remitió a las demandadas y posteriormente al juzgado de primera instancia por correo electrónico en la fecha previamente mencionada, adjuntándose a este último envió los realizados a las demandadas y memorial de subsanación, para un total de 04 archivos.

- Que el juzgado procedió acusar el recibido de la demanda solicitando aclaración del radicado, dado que por un error se digitó mal el número. Que informó al despacho que el radicado correcto es 2021-00426 y posteriormente dio este dio acuso de recibido manifestando que recibió 04 archivos en pdf.

- Que no es cierto lo manifestado por el juzgado de primera instancia en el auto que rechazó la demanda, teniendo en cuenta que se remitió el archivo denominado SUB DEMANDA MARIA EDDY SANDOVAL, el cual consta de 123 folios y dentro de dicho archivo se encuentra en los folios 52 al 57 la constancia de agotamiento de la reclamación administrativa ante COLPENSIONES y en folios 84 al 108 el certificado de representación legal de PORVENIR.

4. Consideraciones del Despacho

Teniendo en cuenta los antecedentes, es preciso concluir que la providencia apelada es susceptible de tal recurso, según lo dispuesto en el numeral 1. ° del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto “(...) *que rechace la demanda o su reforma y el que las dé por no contestada.*”

En el presente caso la parte demandante solicita que se admita la demanda teniendo en cuenta que reúne los requisitos establecidos en los artículos 25 y 26 del Código Procesal del Trabajo, la misma fue subsanada de forma oportuna conforme a lo solicitado por el *a quo* y remitida al correo institucional con todos los documentos que acreditan la respectiva subsanación de las falencias como anexos.

Sin embargo, el juzgado de primera instancia sostiene que la actora hizo caso omiso de las directrices plasmadas en auto de fecha 13 de enero de 2.022 por medio del cual se le devolvió la demanda, pues no acreditó el agotamiento de la reclamación administrativa ante COLPENSIONES con relación a lo pretendido en el escrito de demanda y tampoco aportó el certificado de existencia y representación legal de la demandada PORVENIR S.A., por lo que rechazó la demanda.

En esa medida, los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a determinar: ¿Se subsanó la demanda ordinaria laboral para reconocimiento de pensión de vejez que fue interpuesta por MARIA EDDY SANDOVAL JAIMES contra COLPENSIONES y la A.F.P. PORVENIR de acuerdo a lo ordenado en providencia del 13 de enero de 2.022 por medio de la cual se devolvió la demanda? y en caso afirmativo, ¿Se debe admitir la misma?.

Para resolver los problemas jurídicos, al tratarse el expediente electrónico, la Sala debe revisar si cumple con lo estipulado en el Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020 “*Protocolo para la Gestión de documentos electrónicos, digitalización y conformación del expediente*”, en donde se señala en que su ámbito de aplicación y alcance “*está dirigido a todos los servidores judiciales que desarrollan actividades de producción o generación, recepción, gestión, trámite y organización de documentos judiciales en soporte electrónico, en las diferentes jurisdicciones, áreas de atención y niveles de la Rama Judicial, así como a responsables de sistemas de información o desarrolladores de aplicaciones institucionales de gestión documental.*”

Lo primero que se observa al revisar la carpeta compartida con esta Sala a través del correo institucional, es que el expediente con radicado 54-001-31-05-002-

2021-00426-01 está conformado por 16 archivos relacionados desde el consecutivo 01 al 16.

En los 16 documentos que conforman el expediente de primera instancia no se encuentra el índice electrónico respecto del cual el protocolo citado indica en su numeral 7.4.2 que:

“El índice electrónico del expediente es el mecanismo para identificar la totalidad de documentos que componen el expediente judicial electrónico o híbrido debidamente ordenados respetando su orden cronológico secuencial, con el fin de preservar la integridad y disponibilidad de la información a través del tiempo de manera que los documentos y expedientes no sean modificados, eliminados o reemplazados indebidamente.

El índice permite vincular entre sí los documentos producidos por cualquier medio (recibidos por correo, generados por el despacho o digitalizados) y relacionar los documentos electrónicos con los físicos del mismo proceso, cuando estos existan (expediente híbrido).

...

El índice electrónico general del proceso se diligenciará por el despacho de conocimiento de primera o única instancia o el centro de servicios judiciales u oficina de ejecución competente, según las normas reguladoras y la organización establecida en cada especialidad, y sólo se cerrará y firmará una vez haya finalizado el proceso y se dicte el auto de archivo del expediente.”

A su vez en el Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020 se estipulan como deberes el diligenciamiento estricto del formato del índice electrónico para las carpetas del expediente y la actualización de este.

Ahora bien, en los dieciséis documentos que conforman el expediente de primera instancia, se observa que el archivo denominado “10EscritoSubsanaDemanda20220118.pdf” está conformado por 71 páginas entre las que se encuentran el mensaje de fecha 18 de enero de 2.021 enviado a las 02:19 p.m. desde el correo electrónico laucaro15.lc@gmail.com a la cuenta de correo institucional del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta (página 1), por medio del cual se remite subsanación a la demanda del proceso 2021-00246, junto con escrito de subsanación dirigido al radicado 2021-00046 (página 2), constancias de envío de la subsanación de la demanda de la actora asociada con el radicado 2021-00246 con destino a notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co y notificacionesjudiciales@porvenir.com.co (páginas 70 – 71), así como la demanda que fue presentada y dio inicio al expediente radicado 2021-000426 que se tramita en esta oportunidad (páginas 3 - 69). Con fundamento en el contenido del archivo anteriormente descrito, el Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda en providencia que es objeto de apelación.

Revisado el escrito por medio del cual se interpuso el recurso de apelación, que fue remitido desde el correo electrónico laucaro15.lc@gmail.com a la cuenta de correo institucional del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el 28 de febrero de 2.022 a las 02:10 p.m. con el asunto: “RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DEL AUTO QUE RECHAZA DEMANDA, 2021-00426”, que en el expediente electrónico se denomina “12RecursoApelacionAutoRechazaDemanda20220228.pdf” y consta 144 páginas, se observa que allí también aparece el mensaje de datos por medio del cual se remitió la subsanación de la demanda al juzgado (página 138), en donde se visualiza que se adjuntaron 04 archivos que aparecen como: “MEMORIAL SUBSANACION.pdf”, “Gmail - PORVENIR SUBSANACION DEMANDA MARIA EDDY SANDOVAL RADICADO 2021-00246.pdf”, “Gmail -COLPE SUBSANACION DEMANDA MARIA EDDY SANDOVAL RADICADO 2021-00246.pdf” y “SUB DEMANDA MARIA EDDY SANDOVAL.pdf”.

En el archivo “12RecursoApelacionAutoRechazaDemanda20220228.pdf” también aparecen los documentos mencionados en el párrafo relacionado al archivo denominado “10EscritoSubsanaDemanda20220118.pdf”, no obstante, la demanda que aquí se encuentra, contiene el copia digitalizada de la reclamación que presentó la actora a través de su apoderada judicial ante COLPENSIONES el 18 de

enero de 2.022 a las 08:31 a.m., para que junto a PORVENIR le responda solidariamente por el reconocimiento y pago de su pensión de vejez (páginas 64 – 69), así como el certificado de inscripción de documentos de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (páginas 96 – 120).

Con lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que al no haberse dado aplicación estricta por parte del Juzgado de Primera instancia al Acuerdo PCSJA20-11567 de 2.020 *“Protocolo para la Gestión de documentos electrónicos, digitalización y conformación del expediente”*, es probable que no se haya incorporado al expediente electrónico la subsanación de la demanda allegada por la apoderada judicial a través de correo electrónico el 18 de enero de 2.021.

Al estudiar la demanda encontró la Sala que la demandante solicita el reconocimiento y pago de su pensión de vejez y de forma directa no menciona que entidad de las aquí demandadas debe hacerse cargo de la misma, por lo que en principio se podría entender que dicha petición va encaminada a la AFP a la cual hace parte, no obstante, al revisar la subsanación de la demanda que se encuentra en el archivo *“12RecursoApelacionAutoRechazaDemanda20220228.pdf”*, se aclara la pretensión de la demandante pues le solicita a COLPENSIONES que junto a PORVENIR le responda solidariamente por el reconocimiento y pago de su pensión de vejez y que la devolución de saldos y emisión de bono pensional sean abonados como mesadas pensionales retroactivas.

Respecto a la reclamación administrativa debemos decir que previo a la presentación de la demanda, para acudir ante la justicia laboral y llamar a juicio a las entidades públicas, cualquiera que sea su naturaleza, es un requisito de procedibilidad presentar de forma previa ante éstas la reclamación o agotamiento administrativo, conforme lo establece el artículo 6° del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, que en su primer inciso señala:

“Reclamación administrativa. Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta.”

Esta reclamación tiene como objeto esencial otorgarle a la Administración la oportunidad de pronunciarse sobre la petición del asociado y como una garantía para éste de obtener una respuesta por parte de ésta sin que tenga que acudir a una instancia judicial.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la Sentencia de 13 de octubre de 1999, Radicación No. 12221, dispuso que:

“... el anterior procedimiento gubernativo tiene por finalidad que las entidades de derecho público y social con antelación a cualquier controversia ante los juzgados laborales, tengan la oportunidad de establecer, previo el estudio fáctico y jurídico que sea del caso, la procedencia o no del derecho que se pretende por el peticionario, y que de ajustarse a la ley la respectiva reclamación, la misma sea reconocida directamente por el ente obligado, logrando así, sin la intervención del Juez Laboral, la solución de un conflicto en cierne.”

“(...) a través del instituto de la vía gubernativa se le da a dichas entidades, la oportunidad de ejercer una especie de justicia interna, como que la misma ley les permite conocer de manera primigenia, es decir, antes que a los propios jueces del trabajo, las inconformidades de orden laboral que tengan las personas legitimadas para formularles esta clase de cuestionamientos, para que sean tales organismos, actuando como juez de sus propias decisiones, los que definan la viabilidad de aquellas y puedan así corregir por sí mismas, cualquier error en que hayan podido incurrir en torno a las actuaciones que originaron tales desavenencias y evitar de esta manera los traumatismos propios de una controversia judicial”.

Más recientemente, la Sala de Casación Laboral en Sentencia SL1867 del 29 de mayo de 2018, Rad. 57.177 y M.P. CECILIA MARGARITA DURAN UJUETA, reiterando lo asentado en Sentencia SL8603 de 2015, ha señalado que la reclamación administrativa constituye un factor de competencia del juez del

trabajo cuando la demandada sea la Nación, las entidades territoriales o cualquiera otra entidad de la administración pública, resaltando que:

“la demanda contra una entidad oficial, para su habilitación procesal y prosperidad, ha de guardar coherencia con el escrito de agotamiento de la vía gubernativa, de suerte que las pretensiones del libelo y su causa no resulten diferentes a las planteadas en forma directa a la empleadora, porque de lo contrario se afectaría el legítimo derecho de contradicción y defensa e, incluso, se violaría el principio de lealtad procesal.

Significa lo anterior que mientras no se haya agotado dicho trámite, el juez del trabajo no adquiere competencia para conocer del asunto. La importancia de realizar la reclamación administrativa con anterioridad a iniciar la acción contenciosa radica en la posibilidad que la Ley le otorga a la administración pública de revisar sus propias actuaciones antes de que estas sean sometidas al conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, de modo que la falta de esta reclamación con anterioridad a la instauración de la demanda es insubsanable”

Conforme se observa, la Ley procesal laboral consagró la reclamación administrativa como un factor de competencia determinante para los jueces laborales, en la medida en que éstos sólo podían asumir el conocimiento de los procesos una vez que se agotara la reclamación administrativa, la cual se sujetaba a las normas del régimen administrativo.

De acuerdo a lo anterior, es una obligación del juez de conocimiento verificar en el momento de la admisión de la demanda cuando se trate de entidades públicas, que se cumpla con el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 6° del C.P.T. y de la S.S, esto es, verificar si se presentó la reclamación administrativa sobre los derechos pretendidos en la demanda y si advierte que no se cumplió con el referido requisito de procedibilidad, caso en el cual debe rechazar de plano la demanda por falta de competencia.

Entonces, para el presente caso tenemos que la reclamación administrativa se presentó ante COLPENSIONES con posterioridad a la presentación de la demanda, inclusive, fue realizada el 18 de enero de 2.022, día en que la parte demandante presentó la subsanación de la demanda. Por lo anterior, y de acuerdo a las disposiciones legales y jurisprudencia citada es del caso confirmar el rechazo de la demanda que realizó el *a quo*, pues carece de competencia al no haber agotado la demandante la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, la cual no es suficiente con la mera presentación sino la oportunidad de que en sede administrativa se resuelva positiva o negativamente su pretensión, o precluya el término legal guardando silencio.

Por lo hasta aquí expuesto y por sustracción de materia no se pronunciará esta Sala sobre los demás temas que fueron objeto de recurso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto impugnado del veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2.022) proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia al no haberse trabado la Litis.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de junio de Dos Mil Veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2018-00371-00
RADICADO INTERNO:	19.556
DEMANDANTE:	JHON ENRIQUE SANDOVAL VILLAMIZAR
DEMANDADO:	QUIM & SOL E.U.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JHON ENRIQUE SANDOVAL VILLAMIZAR contra QUIM & SOL E.U., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2018-00371-00, y Radicación interna N° 19.556 de este Tribunal Superior, para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 14 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

El señor JHON ENRIQUE SANDOVAL VILLAMIZAR, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra QUIM & SOL E.U., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 5 de diciembre de 2012 al 18 de marzo de 2017, se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de mejor categoría, con el pago de los salarios dejados de percibir; así mismo que se ordene el pago de los auxilios de transporte, cesantías, intereses sobre cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes a seguridad social dejados de percibir en todo el período, solicitando indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. y del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indexación de las condenas y costas. Subsidiariamente solicita indemnización por despido sin justa causa, sanción del artículo 26 de la ley 361 de 1997 y moratorias.

Como fundamento fáctico refiere que fue vinculado verbalmente a la empresa QUIM & SOL E.U. desde el 5 de diciembre de 2012 prestando sus servicios de manera continua e ininterrumpida desde el 18 de marzo de 2017 como labores de oficios varios, devengando un salario mensual de \$820.857. Que cumplía el horario de trabajo señalado por el empleador, sin que se le reconocieran prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, por lo cual se afilió como independiente a través de la Cooperativa NORTSERVICE LTDA. Que el 18 de marzo de 2017 sufrió un accidente de tránsito que derivó en incapacidad de 119 días, siendo despedido sin justa causa.

La demandada QUIM & SOL E.U. se opuso a las pretensiones indicando:

- Que nunca ha existido vínculo laboral con el demandante, quien suscribió un contrato de prestación de servicios de mensajería externa con la empresa, sin que fuera una actividad continua e ininterrumpida, por el cual percibía honorarios y era una labor desarrollada de manera independiente, sin subordinación y con sus propios medios y elementos, ni cumpliendo horario de trabajo pues simplemente se notificaba cuando había una encomienda y bajo su propia disposición la realizaba. Indicando que tras el accidente de trabajo finalizaron la relación de mutuo acuerdo pues las secuelas le imposibilitaban seguir prestando el servicio.

- Que el 5 de diciembre de 2012 se pactó de manera verbal un contrato civil de prestación de servicios, por el cual el actor haría uso de su motocicleta para prestar los servicios de mensajería externa como depósitos bancarios y transporte de encomiendas, en ausencia de subordinación, sin horarios y por su total autonomía, pues las encomiendas eran variables y se remuneraban por honorarios; que el 14 de abril de 2016 se culminó dicha relación, liquidándola para iniciar un nuevo contrato escrito modificando la tabla de precios de las encomiendas suscrito el 15 de abril de 2016, a partir de donde el actor se afilió a seguridad social a través de NORTSERVICE LTDA.

- Que tras el accidente de tránsito, el actor envió a otra persona a radicar las cuentas de cobro pero esa persona no tenía claridad de cómo funcionaba y hacía los pagos incompletos, por lo que se comunicó informando que no podría continuar prestando los servicios y desde entonces se ha intentado transar el valor de honorarios adeudado a través de conciliación en materia civil; negándose la empresa a entregarle un certificado de relación laboral por no existir.

- Propone como excepciones INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES, COBRO DE LO NO DEBIDO, IMPOSIBILIDAD DE REINTEGRO y ABUSO DEL DERECHO.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del tema de decisión.

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 14 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido propuestas por la empresa QUIM & SOUL y en consecuencia **ABSOLVER** a esta sociedad de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JOHN ENRIQUE SANDOVAL VILLAMIZAR conforme a lo explicado.

SEGUNDO: SIN costas en esa instancia.

2.2. Fundamento de la decisión.

La jueza de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Indica, que el litigio se encamina a determinar si entre el demandante JHON ENRIQUE SANDOVAL VILLAMIZAR y la empresa QUIM & SOL EU, existió un contrato de trabajo realidad desde el 05 de septiembre de 2012 hasta el 18 de marzo de 2017; y como consecuencia de ello, si le asiste el derecho al reintegro, salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta que se haga efectivo este, el pago de las prestaciones sociales y vacaciones causadas durante la vigencia de la relación laboral, aportes a seguridad social integral; o subsidiariamente, la indemnización por despido injusto, la sanción moratoria del artículo 65 del CST y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

- Que, acorde a las normas y jurisprudencia correspondiente respecto de la naturaleza del contrato de trabajo y la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, en este caso le basta demandante JHON ENRIQUE SANDOVAL VILLAMIZAR, demostrar la prestación del servicio para que opere la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., y le corresponde entonces al demandado, desvirtuar la misma, demostrando que la relación fue independiente.

- Que respecto de la constancia de no acuerdo ante el Ministerio del Trabajo aportada a folio 12, es un documento donde consta que se citó a la demandada y las partes no llegaron a acuerdo, indicando que en cuanto al valor probatorio de este documento la Sala de Casación Laboral ha establecido que las manifestaciones que realizan las partes durante la audiencia de conciliación no constituyen *per se* confesión, mucho menos si fracasa la autocomposición.

- Que, sobre la respuesta a un derecho de petición, mediante la cual la señora Sandra Rocío Perez Sánchez, actuando en representación de FERROVARIEDADES SR, certifica que el señor JHON ENRIQUE SANDOVAL VILLAMIZAR, era quien entregaba la mercancía proveniente de la empresa QUIM & SOL EU y recaudaba el dinero de la misma para los años 2012 a 2017; advierte que el mismo no es válido para acreditar el contrato de trabajo que es alegado por el demandante, debido a que proviene de un tercero.

- Que en cuanto al contrato de prestación de servicios, cuentas de cobro, recibos de pago y comprobantes de egreso, destaca del clausulado que el objeto era prestar los servicios de transporte de encomiendas para el contratante, depósitos bancarios, entre otros; que el contratista se presentaría una vez al día, en la hora que comunique a recoger la encomienda donde se solicite, lo cual puede hacer personalmente o con personal a su cargo, fijando luego precios unitarios por servicios y sobrecostos; respecto de las cuentas de cobro, comprobantes de pago de seguridad social que exigía para realizar el pago de honorarios, recibos de pago de diligencias y comprobantes de egreso.

- Que estos documentos sirven para acreditar la prestación del servicio del demandante, de manera que opera a su favor la presunción consagrada en el artículo 24 del CST, y se entiende que los mismos estaban regidos por un contrato de trabajo; siendo insuficientes para evidenciar una relación civil, debiendo la demandada ejercer la carga de la prueba para desvirtuar la presunción.

- Que del interrogatorio de parte destaca que el demandado confesó que efectivamente el señor **JHON ENRIQUE SANDOVAL VILLAMIZAR** prestó sus servicios a la empresa QUIM & SOL EU, aclarando que entre estos existió un contrato de prestación de servicios, de modo que esta confesión, de conformidad con lo establecido en el artículo 193 del CGP, es indivisible y debe aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado; por lo que solo reitera la prueba de la prestación del servicio. Mientras el demandante confesó que la motocicleta en que prestaba sus servicios era de su propiedad.

- Que el testigo GEOVANNY GARCÍA, trabajador de la demandada explicó que el demandante realizaba pagos, consignaciones entregaba mercancía y cobros a las ferreterías, lo que hizo por 4 años y terminó tras un accidente de tránsito, coordinando las gestiones con el administrador pero se le preguntaba la hora en que se necesitaba o si podía después, indicando su disponibilidad y si no podía o era urgente se buscaba a otra persona, pasando unos tickets para la cuenta de cobro pero no recibía órdenes, era quien se coordinaba y no debía quedarse a nada, siendo propietario de su vehículo.

- Que a partir de esta declaración se lograron evidenciar las circunstancias bajo las que se ejecutaba el servicio de mensajería, el cual se hacía sin subordinación, con una herramienta de trabajo de su propiedad, sin exigencia de horario de trabajo, con libertad del demandante para realizar el encargo bajo su disponibilidad y si no la tenía se buscaba otra persona diferente, lo que desvirtúa el elemento intuición persona. Trayendo a colación providencia SL33937 de 2009, donde la Corte señala que, si bien hubo prestación de servicios personales de mensajería, la ejecución de la labor, aunque cotidiana se limitaba a retirar la correspondencia y se movilizaba en su propio medio de transporte, con su horario, que no era necesario coincidiera con los demás trabajadores y por ende era autónomo.

- Determinó que la parte demandante acreditó la prestación de servicio por lo que operó a su favor la presunción del artículo 24 del CST, sin embargo, el demandado desvirtuó la misma demostrando que el mismo no se dio bajo una relación laboral subordinada sino siguiendo un vínculo de índole civil.

3. RECURSO DE APELACIÓN

3.1 De la parte demandante

La apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación, fundado en los siguientes argumentos:

- Que la Corte Constitucional ha analizado la protección de los trabajadores que son despedidos en situación de debilidad manifiesta, permanencia en el empleo con autorización previa para verificar que la decisión de terminación no tenga que ver con la discapacidad y que la contratación prolongada mediante un contrato de prestación de servicios es indicativa de mala fe, al disfrazar una relación laboral para evadir el reconocimiento de derechos laborales que deben ser reconocidos en segunda instancia.

4. ALEGATOS

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

•PARTE DEMANDANTE:

La apoderada de la parte demandante, solicita que se revoque la decisión de primera instancia que se basó en algunas de las pruebas aportadas para declarar probadas las excepciones propuestas, sin tener en cuenta que se demostró pese al contrato de prestación de servicios que hubo un despido en estado de incapacidad y esto controvierte el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada en contratos de prestación de servicios; máxime cuando el demandado aceptó que el actor tuvo un accidente de tránsito el 18 de marzo de 2017 y por sus consecuencias finalizó el contrato, estas identificadas en el diagnóstico HIDROCÉFALO COMUNICANTE que genera secuelas cognitivas, intelectuales, físicas y neurológicas, debiendo contar con permiso del Ministerio del Trabajo para la desvinculación.

•PARTE DEMANDADA:

La apoderada de la demandada, solicita que se confirme la decisión de primera instancia por cuanto la pretensión de declarar un contrato realidad, pese a lo garantista que es el derecho laboral, se demostró que el contrato que regía las partes era de origen civil, aceptada por ambos y corroborada a partir de los testimonios; igualmente se demostró que la terminación del contrato civil devino de un accidente de origen común que sufrió el actor y que le hizo imposible satisfacer el servicio de mensajería externa que venía prestando, por lo que finalizó por mutuo acuerdo proveniente de la iniciativa del contratista, quien informo su situación.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

- ¿Se encuentra acreditada la existencia de un contrato de trabajo realidad entre el señor JHON ENRIQUE SANDOVAL VILLAMIZAR y la empresa QUIM & SOL E.U.?

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, procede la Sala a determinar si entre el demandante JHON ENRIQUE SANDOVAL VILLAMIZAR y la empresa QUIM & SOL E.U., existió un contrato de trabajo entre el 5 de diciembre de 2012 al 18 de marzo de 2017, y si en su alegada condición de empleador el demandado tiene la obligación de reconocer los derechos prestacionales e indemnizatorios reclamados en la demanda.

El juez *a quo* determinó que evidenciada y aceptada la prestación de servicios personales del actor, el demandado desvirtuó la existencia del elemento de subordinación a través de la prueba testimonial donde se evidenció que la labor desplegada de mensajería externa no se realizaba bajo dependencia jurídica de la demandada, sino bajo autonomía y con herramientas propias del actor. A lo cual presenta apelación la parte demandante reclamando que se acceda a las pretensiones por cuanto la empresa intentó ocultar la existencia de un verdadero contrato de trabajo mediante uno de prestación de servicios, por lo que deben reconocerse todos los derechos laborales incluyendo la estabilidad laboral reforzada.

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

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

Esta presunción legal opera a favor del trabajador y por consiguiente, demostrada la prestación del servicio, es a cargo del empleador desvirtuarla. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en diferentes oportunidades, entre estas en la Sentencia de 13 de diciembre de 1996, donde precisa, que el artículo 24 no consagra un derecho sino una regla de juicio que afecta la carga de la prueba en el proceso laboral, esto es, se trata de una instrucción a los jueces laborales, relevando al trabajador de acreditar el elemento de la subordinación pues esta se presume y toda prestación de una actividad personal a favor de otra persona, natural o jurídica, debe entenderse en principio como laboral a menos que el empleador desvirtúe que hubo dependencia.

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

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

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

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

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

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

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

- Constancia de no acuerdo suscrita por INSPECTORA DEL TRABAJO, del 1 de septiembre de 2017, donde se celebró negociación por solicitud de JHON SANDOVAL y el señor LEONARDO RUBIO como representante legal de QUIM&SOL E.U., reclamando el primero prestaciones sociales por labores en su empresa y a lo que el demandado ofreció un saldo para quedar a paz y salvo de cualquier concepto, pero no fue aceptado. De manera que no se alcanzó acuerdo y así se certifica por la funcionaria.
- Certificado de existencia y representación legal de la empresa QUIM&SOL E.U., empresa con matrícula mercantil desde octubre de 2004 y domiciliada en Bogotá, cuyo objeto social es la elaboración y obtención de productos derivados de químicos para industria, compra al mayor y detal de estos, fabricación de pegantes, adhesivos, jabones industriales, desengrasantes, limpiadores, quitapinturas, thinner y otros disolventes; adicional su objeto incluye también compra, venta, importación, exportación y comercialización de bienes corporales, incorporeales, comprar o tomar arriendos para su operación social, compra y venta de materia prima, entre otras actividades que incluyen *“contratos que sean civiles o comerciales, con tal que en forma directa se*

relacionen con el objeto social (...) prestar servicio a domicilio y otros contratos que impliquen el ejercicio de las funciones señaladas en el objeto social”.

- Certificado suscrito por PAUL OTALVORA, representante legal de NORTSERVICE LTDA., quien da constancia que JHON SANDOVAL realizo aportes a seguridad social de septiembre de 2016 a noviembre de 2017.
- Documentos médicos que contienen historia clínica, órdenes de servicios, incapacidades y atenciones, relativas al accidente de tránsito que sufrió el actor en marzo de 2017 y el tratamiento posterior para el restablecimiento de su integridad física.
- Documento suscrito por SANDRA PÉREZ SÁNCHEZ, con encabezado de FERROVARIEDADES SR, quien certifica que JHON SANDOVAL era quien entregaba la mercancía de la empresa QUIM & SOL E.U. y recaudaba el dinero de la misma entre 2012 y 2017.
- Contrato de prestación de servicios de mensajería externa suscrito entre QUIM&SOL E.U. y el señor JHON SANDOVAL de fecha 15 de abril de 2016, donde este de manera independiente, sin subordinación o dependencia y utilizando su propio medio de transporte, prestará el servicio de transporte de encomiendas para el contratante, depósitos bancarios y otras encomiendas externas que surjan; que se prestará una vez al día en las instalaciones del contratante de lunes a viernes, en la hora que el contratista comunique para recoger documentos, sobres y encomiendas en general a llevar donde se solicite, ya sea personalmente o con ayuda de otras personas a su cargo. Se pactan honorarios por valor de documento (\$4.000), de paquete de 2 kg en Cúcuta (\$10.000), consignación bancaria de 1 a 3 horas (\$10.000 y \$2.000 por hora adicional), recolección de dinero en Cúcuta (\$5.000), entrega en área metropolitana (\$4.000), para ser cancelado entregando cuenta de cobro cada 15 días con respaldo de afiliación a seguridad social.
- Documentos titulados “cuenta de cobro”, que aparecen suscritos por JHON ENRIQUE SANDOVAL y señalan que QUIM&SOL E.U. le adeuda sumas por concepto de prestación de servicios con periodicidad quincenal desde agosto 15 de 2016 a 31 de mayo de 2017.
- Desprendibles de pago de aportes a seguridad social del actor a favor de GRUPO SERVIGESTORES.
- Recibos de caja por diferentes valores cuya descripción de conceptos incluye: transporte a radicar a Chinácota, Pamplona (\$35.000, \$30.000 o \$40.000), prestar servicio (\$10.000), transporte en la moto (\$42.000), servicios 2016 de septiembre (\$120.000), de octubre (\$110.000), noviembre (\$120.000), de 2017 enero 16-31 (\$61.000), febrero (\$120.000), agosto 1 a 15 (\$550.000), todos firmados por el actor.
- Interrogatorio de parte absuelto por LEONARDO RUBIO, en calidad de representante legal de la demandada, quien aceptó haber asistido a la

audiencia de conciliación para negociar sobre unos honorarios adeudados por la mensajería externa que realizaba para la empresa, no recuerda la fecha pero se celebró inicialmente un contrato verbal y luego uno escrito que fueron de carácter civil; el señor Jhon se organizaba con GIOVANNY lo que debía hacer, este era el administrador y lo llamaba para informarle las entregas que debían hacerse, consultaba su disponibilidad pero si no podía se contrataba a otra persona. Refiere que el actor no tenía ningún cargo ni recibía órdenes, se le pagaba por mensajería externa según su propia disponibilidad y adicional al personal de la empresa. Explica que la relación terminó porque después del accidente, comenzó a tener problemas para cumplir sus encargos por mareos y dolores de cabeza y comunicó su intención de no continuar. Que el actor aportaba las cuentas de cobro mensual acorde a las entregas que hacía.

- Testimonio rendido por GIOVANNY ANDRÉS GARCÍA CAMARGO, quien manifestó ser el administrador del almacén LEONARDO llamado QUIM & SOL E.U. desde hace 10 años, conoce al actor porque ejerció una prestación de servicios a la empresa para consignaciones bancarias, entrega de mercancía, cobros a las ferreterías, pagos de servicios públicos y demás por más o menos 4 años, aproximadamente en diciembre de 2015 cree y dejó de prestarlo tras el accidente que tuvo, en marzo de 2017. Describe el servicio indicando que era él quien lo llamaba, para coordinar de acuerdo a lo que se necesitara: hay que cobrar, que pagar o hacer envíos, preguntándole si podía a la hora que necesitaba y si no pues se miraba cómo se coordinaba. Que cuando se le llamaba informaba si podía o a qué hora, sino buscaba a otra persona que les colaboraba. Que se le pagaba de acuerdo a los tickets que pasaba, mensualmente en una cuenta de cobro y se verificaba para liquidar el servicio prestado, pues él presentaba el comprobante de la labor realizada. Que no se daban órdenes, sino que se coordinaba con llamada telefónica. Expone que tras entregar su resultado, se iba pues no tenía nada más por hacer. Niega que el actor estuviera incluido en nómina y que la moto fuera de la empresa. Sobre la terminación, relata que tras su accidente se le informó que no podía seguir prestando el servicio. Explica que el servicio se podía dirigir a otros municipios como El Zulia, Puerto Santander o Pamplona. Se le exigía como único requisito que tuviera al día su seguridad social y sobre el saldo que se propuso para conciliar, indica que ellos ofrecieron el pago de unos honorarios que se adeudaban al finalizar.
- Interrogatorio de parte absuelto por el demandante JHON ENRIQUE SANDOVAL VILLAMIZAR, indicó que al comenzar no firmó nada sino posteriormente, que él hacía los domicilios con su propia moto pero era su herramienta de trabajo, que la empresa no le hacía mantenimiento a la motocicleta. Que el entraba a las 8 y salía a las 12:30, estando pendiente de todo allí sobre consignaciones y entregas. Que solo un año le exigieron cuenta de cobro cuando firmó contrato. Que podía ir a Pamplona, El Zulia, Chinácota, en Norte de Santander y Cúcuta. Que LEONARDO o GIOVANNI eran las personas que le daban órdenes, debiendo hacer las labores que le pedían, cumpliendo horario y siguiendo sus instrucciones.

Conforme a esta relación probatoria, y reiterando la Sala, que para la existencia de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., el actor

debió acreditar la prestación personal del servicio, para de esa forma trasladar a la demandada la carga de la prueba de probar que no existió subordinación; al respecto de la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación n.º 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, se refiere las facultades del juez recordando que:

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

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios y aceptada por la demandada la prestación personal del servicio, esta Sala procederá a analizar si las conclusiones del *jueza quo* fueron acertadas respecto de que el demandado ejerció adecuadamente la carga de la prueba para establecer que dicho contrato se ejecutó con plena autonomía. Lo que contraviene la parte demandante en su apelación al evidenciarse una contratación prolongada mediante un contrato de prestación de servicios indicativa de mala fe que disfrazó una relación laboral para evadir el reconocimiento de derechos prestacionales.

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en proveído SL1389 de 2020 explica:

*“respecto al debate de orden jurídico, resulta oportuno aclarar que, **el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador**, poder que se concreta en **el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo** y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador en el artículo 23 del CST al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».(...)”*

En providencias como la SL2204 de 2015, SL13020 de 2017 y SL1382 de 2020, se ha explicado por la Sala de Casación Laboral que en contratos civiles puede ejercerse auditoría, inspección, supervisión o evaluación de cumplimiento e inclusive pedir informes o generar instrucciones para una adecuada coordinación, mientras no se desborde su finalidad.

Más recientemente, en providencia SL3345 de 2021 se exponen de manera detallada una serie de parámetros que permiten identificar si el ejercicio de control sobrepasa los límites que separan el contrato laboral del civil; al señalar:

“Sobre este asunto en particular, es oportuno señalar que en su más reciente jurisprudencia (CSJ SL2885-2019, CSJ SL4479-2020, CSJ SL5042-2020 y CSJ SL1439-2021) la Corte ha reconocido que en los casos dudosos o ambiguos en los que la subordinación no encaja en la forma en que tradicionalmente se ha entendido, es importante tener en cuenta la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, que compila un haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta. Precisamente en la citada decisión CSJ SL5042-2020 se indicó que un factor indicativo de la subordinación es que la persona preste un servicio fundamental dentro de la organización o estructura de la empresa. Así lo adocrinó la Sala:

Por lo anterior, al Tribunal le asistió plena razón al tener en cuenta como premisa indicativa de la subordinación, en contravía de la no autonomía e independencia, el hecho de que el fallecido prestaba un servicio fundamental dentro de la estructura de la empresa. Ese factor indicativo del contrato de trabajo, en el plano de la realidad, ha sido aplicado por esta corporación en anteriores oportunidades (CSJ SL2885-2019), además de que ha sido consagrado en la Recomendación 198 de la OIT, que sirve para informar la orientación de la Corte y que señala como parámetro determinante de una relación de trabajo el hecho de que se cumplan labores que implican «[...] la integración del trabajador en la organización de la empresa [...]», tal y como ya lo adocrinó la Sala en la sentencia CSJ SL 4479-2020.

Asimismo, en la reciente sentencia CSJ SL1439-2021 la Corte recopiló varios indicios que la jurisprudencia ha identificado, sin que ello, se reitera, se entienda como reglas exhaustivas dado el carácter dinámico y circunstancial de las relaciones de trabajo, pero que se relacionan con los mencionados en el referido instrumento internacional, así:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).”

Aplicando estos preceptos al caso concreto, lo primero que debe destacar la Sala es que la labor contratada al demandante se acepta desde la contestación como iniciada el 5 de diciembre de 2012 pero de manera verbal y luego escrito el 15 de abril de 2016 como un contrato de prestación de servicios; siendo del caso resaltar que en providencia SL336 de 2022 la Sala

de Casación Laboral señaló “que la contratación lo fue de carácter verbal, ello no conlleva la determinación de una vinculación de naturaleza laboral” y que pese a ello puede demostrarse que no hubo subordinación.

Una situación a destacar es que la parte actora no logra demostrar que su actividad de mensajería fuera necesaria para el desarrollo del objeto social de la empresa demandada; del certificado de existencia y representación legal se deriva que QUIM&SOL E.U. es una empresa cuya actividad económica gira en torno al comercio de productos químicos, y la labor contratada al actor era la de mensajero externo, derivándose de las documentales y del testimonio que principalmente se encargaba de consignaciones bancarias, entrega de sobres y pago de servicios o facturas. De lo que se deriva una primera inferencia, sobre que la labor del actor no era indispensable para el desarrollo del objeto social de la empresa, ni estaba integrado en la estructura empresarial o la organización de la persona jurídica.

Sobre cualquier inferencia derivada de las audiencias de conciliación, la Sala de Casación Laboral en criterio asentado desde Rad. 13.400 del 26 de mayo de 2000 y reiterado en SL1579 de 2021, estableció que “*las manifestaciones que realizan las partes durante la audiencia de conciliación no constituyen per se, confesión*”, explicado así:

*“a) No todas las afirmaciones hechas por las partes en el discurrir de una conciliación constituyen confesión. En múltiples ocasiones se ha sostenido, y ahora se reitera, que **las declaraciones del trabajador o las del empleador en el juego de ofertas y contrapropuestas, a cuyo objetivo se dirige el acto conciliatorio, sobre los hechos y razones que fundamentan sus posiciones para reclamar o rechazar un determinado derecho no constituyen confesión.** Ello, en aras de propiciar que tanto el uno como el otro asistan con buen ánimo, amplitud y espontaneidad a discutir abiertamente los derechos controvertidos; de lo contrario, se verían ambos constreñidos a hacer renunciaciones, rebajas u ofrecimientos específicos, por el temor de ser declarado confeso respecto de puntos que para ellos eran discutibles;*

*b) En cambio, las declaraciones rendidas en la diligencia conciliatoria por alguno de los intervinientes, sí es probable que se constituyan en prueba de confesión, **si del texto concreto examinado no se aprecian vinculadas de manera directa con las propuestas mismas,** siempre y cuando reúnan los requisitos que las reglas procesales exigen.”*

Al respecto, debe indicarse en primer lugar que del acta de conciliación no se desprende ninguna manifestación concreta del demandado sobre que efectivamente identificara al actor como trabajador o aceptara una relación laboral; solamente ofrece un valor para quedar a paz y salvo de cualquier concepto reclamado, lo que por ir encaminado a una oferta no puede ser objeto de valoración alguna.

Ahora bien, el documento suscrito por la representante de FERROVARIEDADES SR, se trata de un documento declarativo emanado de terceros cuyo contenido no agrega un conocimiento adicional al plenario, pues está aceptada la prestación de servicios de mensajería y lo que se discute es la modalidad de ejecución.

En cuanto a las declaraciones de parte, se reitera que la apreciación probatoria de los interrogatorios del actor y la pasiva no sirve para beneficiar

su propia versión, siendo solo medio de prueba aquella declaración espontánea que le genere consecuencias jurídicas adversas; sin que el señor LEONARDO RUBIO elevara manifestaciones que contradijeran los fundamentos fácticos de la contestación, reiterando que el contrato fue de carácter civil, que no se exigía disponibilidad, que se usaba a otro mensajero si no podía y no había ordenes o subordinación sino coordinación acorde al servicio requerido. De la parte actora, apenas se deriva como señaló la *a quo*, que aceptó ser el propietario de la moto que utilizaba para la labor, lo que implica que no había suministro de herramientas para el trabajo.

Finalmente, el testimonio rendido por el señor GIOVANNY GARCÍA, relata de manera espontánea, fluida y clara que en su papel de administrador era quien organizaba los servicios contratados al actor y solo se le requería cuando había mensajería, si estaba disponible era quien fijaba cómo cumplir el envío y si no se buscaba a alguien más; que no se le exigía exclusividad y tampoco disponibilidad bajo alguna clase de horario, solo asistiendo cuando se le llamaba y tras cumplir podía retirarse sin inconveniente.

Sobre la forma de valorar testimonios, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1229 de 2022 explica:

“Respecto de la forma en que debe valorarse la prueba testimonial, los Códigos General del Proceso y Procesal del Trabajo establecen dos reglas en particular: el primero de ellos, en el artículo 221.3, le impone al juez el deber de interrogar a la persona sobre «la razón de la ciencia de su dicho con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento. Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el juez ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance». Y el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo resalta que, recabados todos los medios de prueba (incluidos los testimonios), el juez debe analizarlos en conjunto y definir si con ellos es posible llegar al convencimiento de los hechos ocurridos. Todo esto «inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes».

Uno de los fines de estas reglas probatorias es el de lograr que los hechos narrados por un testigo y las circunstancias en que ocurrieron, lleguen al conocimiento del juez de la manera más fiel a cómo acontecieron en la realidad y por tanto, impedir que, por el proceso de comunicación a que se encuentra sometida una declaración como la del testigo de oídas, se distorsione esa realidad, puesto que, es evidente que el relato de los hechos que realizará esta clase de declarante, no se referirá a supuestos fácticos respecto de los cuales tuvo conocimiento de manera directa, sino a través de referencia o transmisión que otro hubiere tenido sobre los mismos hechos. Dicho en términos sencillos, un testigo de oídas es aquel que narra lo que otra persona le relata sobre unos hechos y, por lo tanto, lo que puede acreditar, en últimas, es solo la existencia de ese relato.”

Acorde a lo anterior, estima la Sala que el testigo es la persona que por su labor directamente conoció de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se ejecutó el contrato con el actor, si bien es el administrador de la empresa demandada en su contra no se propuso tacha de imparcialidad y no se derivó en su relato alguna circunstancia que arrojará dudas sobre su credibilidad; por el contrario, se reitera que su exposición fue fluida, consistente y creíble, lo que se confirma con el acervo documental aportado

referente a las cuentas de cobro y recibos de pago, firmados por el demandante y aportados como la empresa demandada, son un indicativo de que el contrato se ejecutaba acorde a lo pactado en el escrito: esto es, que al actor se le remuneraba de acuerdo al servicio efectivamente prestado y no por necesidad permanente, recopilando las entregas efectuadas para hacer un pago quincenal que comprendía los honorarios pactados y acorde a la tabla de precios fijada.

Finalmente, no existe tampoco prueba alguna sobre que la terminación de la relación proviniera de la parte demandada, quedando evidenciado que el actor sufrió un accidente de tránsito (sin que afirmara que estuviera relacionado con su contrato) y tras este el actor quedó con secuelas que le impedían conducir el vehículo, pero nada se demostró respecto de cuál de las partes finalizó el vínculo, lo que es carga de la prueba de quien alega el despido.

Deriva de este análisis probatorio, que no asiste razón a la apelante pues las pruebas efectivamente derivan en una narrativa que logra desvirtuar el elemento de la subordinación pues si bien se demostró la prestación de servicios, las pruebas aportadas corroboran que esta se ejecutó bajo un régimen autónomo y con los propios medios del actor, sin disponibilidad permanente y se trataba de una actividad poco relacionada con el objeto social de la empresa; por lo que se confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Finalmente, la Sala acogerá las razones expuestas en primera instancia para no imponer condena en costas a la parte actora.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la Sentencia del 14 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS de segunda instancia.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2.022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2020-00131-01
RADICADO INTERNO:	19.407
DEMANDANTE:	NELSON DURAN CONTRERAS
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y A.F.P. PROTECCION S.A.

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte demandante y de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. contra la Sentencia del 08 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

El señor NELSON DURAN CONTRERAS interpuso demanda ordinaria laboral mediante apoderado judicial contra COLPENSIONES, para que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración de su invalidez, esto es el 20 de octubre de 2011, y que a partir de esa fecha tiene derecho al reconocimiento y pago de retroactivo pensional, así mismo, que la demandada debe de cancelar los intereses moratorios presentes en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló:

- Que se encuentra afiliado a COLPENSIONES mediante traslado de 01 de junio de 2014.
- Que a través de la demandada se le realizó examen de PCL el 04 de enero de 2017 y se le otorgó un porcentaje del 54.2% y una fecha de estructuración de la invalidez del 10 de octubre de 2016.
- Que al no estar de acuerdo con el dictamen interpuso recurso de apelación y en consecuencia la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DEL NORTE DE SANTANDER le realizó el 15 de marzo de 2017 examen de PCL y le otorgó en dictamen 234 un porcentaje del 54.20% y una fecha de estructuración de la invalidez del 20 de octubre de 2011, dictamen que cobro ejecutoria.
- Que solicitó a la demandada COLPENSIONES el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez y mediante resolución SUB 145777 del 31 de julio de 2017 le negaron la prestación solicitada, argumentando que, al momento de la estructuración de la invalidez se encontraba en otro régimen pensional.

- Finalmente señala que cuenta con más de 50 semanas antes de la estructuración de la invalidez, como consta en el reporte de semanas cotizadas.

Por auto de fecha 14 de septiembre de 2020 se admitió la demanda y se ordenó integrar el contradictorio con la A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

La demandada A.F.P. PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda a través de apoderado judicial, manifestó:

- Que los hechos son ciertos según la prueba documental aportada y al referirse a cada pretensión señaló no oponerse porque la demanda va dirigida contra COLPENSIONES.

- Indicó que no es procedente demandar a esa entidad porque el afiliado se trasladó voluntariamente a COLPENSIONES, PROTECCIÓN aprobó esa solicitud y COLPENSIONES la aceptó, así como el traslado de los aportes y continuó recibiendo a su favor las cotizaciones del demandante, por lo que el traslado reunió los requisitos legales y es válido, y por consiguiente es a COLPENSIONES a quien le corresponde el reconocimiento de la prestación demandada.

- Además, señaló que solo hasta el 04 de enero de 2017, al realizarse el demandante la calificación de la pérdida de capacidad laboral, se determinó su estado de invalidez y para ese momento estaba vinculado a COLPENSIONES.

- Que no hay lugar a intereses de mora porque el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplica cuando hay mora en el pago de las mesadas al pensionado, lo cual requiere tener esa calidad y que se haya reconocido el derecho.

- También manifestó que está sometida al imperio de la ley y solo puede reconocer las prestaciones económicas que cumplan con los presupuestos previamente establecidos por el legislador y que en este evento no existe multifiliación.

- Finalmente señaló que, según lo definido por amplia jurisprudencia, la pérdida de capacidad laboral se pierde en forma permanente y definitiva como lo exige el Decreto 917 de 199, en la fecha en que se califica la misma, teniendo en cuenta que se sigue laborando y cotizando al Sistema General de Pensiones.

- Propuso como excepciones de mérito la inexistencia de la obligación por pasiva, improcedencia del reconocimiento de la pensión de invalidez, buena fe, prescripción y la innominada.

La demandada COLPENSIONES al contestar la demanda a través de apoderada judicial, expresó:

- Que admitía parcialmente el primer hecho de la demanda, indicando que, si bien el demandante el 1 de junio de 2014 realizó traslado al RPMPD, a la fecha sus aportes a pensión fueron devueltos al fondo de pensiones PROTECCIÓN, por ser de su competencia responder por las prestaciones pensionales solicitadas. Al pronunciarse sobre los demás hechos expresó que los admitía.

- Rechazó todas las pretensiones de la demanda por carecer de sustento jurídico y fáctico, teniendo en cuenta que esa entidad no es la llamada a

responder por ninguna prestación pensional de la parte actora, puesto que la reclamación esta por fuera de la competencia de esa entidad.

- Expuso, que no cabe duda de que la pérdida de capacidad laboral fue adquirida mientras el demandante pertenecía a otro régimen pensional diferente y en tal sentido se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que la entidad administradora llamada a responder, es la entidad a la que perteneciera el demandante, antes de trasladarse al RPMPD.

- Señaló, que con fundamento en el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999, en el evento en que el trabajador haya realizado el traslado de sus aportes a otra entidad administradora y en el intervalo de dicho cambio ocurra un siniestro que genere su invalidez, corresponderá al antiguo Fondo de Pensiones asegurar las contingencias que se produzcan con anterioridad a la efectividad de dicho traslado, lo que de igual manera está contemplado en el Decreto 780 de 2016 en su artículo 3.2.1.12 y en concepto rendido por la Superintendencia Financiera en el año 2001.

- Finalmente informó, que para este caso en particular, la Resolución SUB 145777 de 31 de julio de 2017 resuelve declarar la perdida de competencia para el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por el demandante.

- Propone como excepción previa no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios porque la parte actora debió integrar en su demanda como demandado también a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., también propone la falta de legitimación en la causa por pasiva.

- Propone como excepciones de mérito: falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

En la sentencia del 08 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, se resolvió:

“PRIMERO: Condenar a la administradora de fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN SA a reconocer y pagar al demandante la pensión de invalidez en los términos del artículo 39 y 40 de la ley 100 de 1993 y en aplicación del artículo 69 de esa misma normatividad, derecho pensional que se causó el 20 de octubre del 2020, pero se harán exigibles las mesadas pensionales que se causan dentro de los tres años anteriores a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por efectos de la prescripción que se declaró de manera parcial.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondo de pensiones PROTECCIÓN SA a reconocer y pagar al demandante Nelson Durán Contreras las mesadas pensionales causadas en el momento en que se hace exigible esta obligación en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente para la época mesadas pensionales que deberán ser de ajustada o formular círculo 14 de la ley 100 de 1993 e indexadas mensualmente para conservar su valor adquisitivo, igualmente se precisa que el reconocimiento de esta prestación corresponde a 13 mesadas anuales de conformidad con lo establecido en el acto legislativo 01 de 2005

TERCERO: ABSOLVER a la administradora de fondo de fondo de pensiones y cesantías PROTECCION SA de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 por las razones expuesta

CUARTO: DISPONER que la administradora de fondo de pensiones PROTECCION SA tiene derecho a ejercer la revisión del estado de invalidez de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la ley 100 de 1993.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y absolver a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones de las pretensiones incoadas en la demanda por el demandante

SEXTO: condenar en costas a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PROTECCIÓN SA y favor del demandante.

SEPTIMO: condenar en costas al demandante debido a que resultó vencido frente a las pretensiones formuladas por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones.

2.2 Fundamento de la decisión

Dentro de sus consideraciones, la jueza argumentó lo siguiente:

- Señaló, que el eje central del litigio es definir si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 20 de octubre de 2011, además del retroactivo pensional y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

- Procedió a precisar que se encuentra demostrado que mediante el Dictamen N° 238 del 15 de marzo de 2017, la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó que el señor NELSON DURAN CONTRERAS sufrió una pérdida de capacidad del 54,20%, estructurada el 20 de octubre de 2011, con lo que se acredita el estado de invalidez del demandante conforme a lo establecido en el artículo 38 de la Ley 100 del 1993.

- Expresó, que se evidencia del reporte de semanas cotizadas que, dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, que van del 20 de octubre de 2008 al 20 de octubre de 2011, el actor cotizó más de 50 semanas al Sistema General de Pensiones, con lo que acreditó el número de semanas que exige el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 para causar el derecho a la pensión de invalidez, bien sea dentro del RPMPD o en el RAIS, según lo contemplado en el artículo 69 ibídem.

- Manifestó, que según consta en la Resolución SUB 145777 del 31 de julio de 2017, el demandante para el momento en que se estructuró el estado de invalidez se encontraba afiliado a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. y el 1. ° de julio de 2014 se trasladó al RPMPD que es administrado por COLPENSIONES. Que, por esta causa, pese a que el actor de forma definitiva acreditó la configuración del derecho pensional que reclama, debe desentrañarse cuál será la entidad responsable de asumir la protección de esta contingencia.

- Indicó, que el traslado que realizó el demandante entre regímenes pensionales es válido, teniendo en cuenta que nació el 20 de julio de 1962, por lo que al 1. ° de junio de 2014 tenía 51 años, es decir dentro del término señalado en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

- Que en cuanto a los efectos de este traslado para fines prestacionales se tiene en cuenta el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999, compilado en el artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2006 y conforme al limpiamiento de esta norma es claro que se ha delimitado la responsabilidad de las administradoras de fondos de pensiones para asumir el reconocimiento de las prestaciones que se causan durante el periodo que se encuentren efectivamente los afiliados.

- Señala, que de la lectura de los artículos 39 y 40 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1. ° de la Ley 860 de 2003, se entiende que el derecho a la pensión se causa a partir de la estructuración de la invalidez, por lo que se concluye que la pensión de invalidez del demandante debe ser cubierta por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., por cuanto para el 20 de octubre de 2011, fecha en que se estructuró la invalidez, se encontraba afiliado a esta. Que esta es la interpretación que debe dársele a esta norma según lo explico la Corte Constitucional en la sentencia SU313 de 2020, al referirse a los

conflictos de competencia que surgen entre las administradoras del RPMPD y los fondos del RAIS cuando se produce el traslado de los afiliados y posteriormente surge el derecho al reconocimiento de una prestación consagrada en el Sistema General de Pensiones que se estructuró o configuró con anterioridad al traslado, en la que concluyo que el régimen responsable de la pensión de invalidez será aquel en donde estaba afiliado el ciudadano para el momento en que se estructuró su pérdida de capacidad laboral, la fecha de estructuración será el elemento que resuelva cualquier conflicto de competencia que se suscite entre administradoras del RAIS y del RPM.

- Manifestó, que no resultan admisibles los argumentos de PORTECCIÓN S.A. en la contestación de la demanda, quien alegó que es COLPENSIONES a quien debe corresponder el reconocimiento de la pensión de invalidez, dado que se realizó válidamente entre regímenes pensionales, ya que en este particular caso no es la validez del traslado la que determina la responsabilidad de los entes administradores sino que está definida por el momento en que se configuran los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

- Agrega, que tampoco constituiría una limitación, un impedimento para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al demandante por parte de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., el hecho de que como consecuencia del traslado que realizó el actor válidamente del RAIS al RPMPD, se trasladaran los aportes durante el tiempo en que estuvo vinculado al RAIS, debido a que dentro del mismo se realiza el pago de la prima de los seguros de invalidez, cuyo momento es descontado de los aportes realizados por los afiliados y cuando el capital no es suficiente para el financiamiento de esta prestación viene a ser cubierto con la respectiva aseguradora con la que contrato el fondo.

- Declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por COLPENSIONES y la absolvió de las pretensiones de la demanda.

- Declaró no probada la excepción de inexistencia de la obligación y estableció los términos del reconocimiento pensional, teniendo en cuenta el fenómeno de prescripción y el hecho de que la pensión de invalidez no tiene un carácter inmutable, porque el demandante nunca presentó una reclamación ante PROTECCIÓN S.A., que en los términos de la normatividad reseñada permitiría interrumpir los efectos de la prescripción, por lo que declaro probada la excepción de prescripción, de forma parcial sobre las mesadas causadas dentro de los tres años anteriores a la ejecutoria de la sentencia por considerar que esta sería la fecha en que se hace exigible la obligación.

- Indicó, que tampoco hay lugar a reconocer a favor del demandante los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debido a que la acusación de estos está sujeto a la acción del afiliado, que debe solicitar el reconocimiento ante el respectivo fondo de pensiones, lo que no ocurrió en este caso y que tampoco es posible que el hecho que COLPENSIONES haya ordenado el traslado del expediente administrativo a PROTECCION S.A. haga exigible la obligación del pago de dichos intereses, debido a que esto tenía la finalidad de suscitar el conflicto de competencia frente al reconocimiento de la pensión de invalidez.

- Señaló, que el reconociendo de la pensión de invalidez a PROTECCION S.A. deviene de la interpretación que le ha dado la Corte Constitucional en la sentencia SU 313 DE 2020 al artículo 42 del Decreto 1406 de 1999, compilado en el artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2016, por lo que tampoco hay lugar a la imposición de los respectivos intereses cuando se produce el reconociendo de prestaciones pensionales derivadas de interpretaciones jurisprudenciales.

- Que el monto de la prestación debe ser reconocida en 1 salario mínimo legal mensual vigente, atendiendo a los lineamientos del artículo 40 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, que en virtud de lo establecido en el artículo 44 de la Ley 100 de 1993 PRTECCION S.A. tiene el derecho de realizar la revisión de la pensión de invalidez del demandante.

- De acuerdo a lo indicado en la Sentencia SL 351 del 2021 por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la indexación puede ser reconocida de oficio por parte del juez laboral con fundamento en el artículo 53 de la Constitución política para mantener el poder adquisitivo de los créditos, de esta manera y sin que implique violación del principio de congruencia porque la decisión se fundamenta en la equidad y en la integralidad del pago en el valor real de las mesadas pensionales a que tienen derecho el demandante, se impondrá esa obligación a PROTECCION S.A., a reconocerle y pagarle al actor las mesadas pensionales debidamente indexadas desde el momento en que se hacen exigibles.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandante.

El apoderado del señor NELSON DURAN CONTRERAS interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que la prescripción no opera teniendo en cuenta que la fecha del dictamen de la pérdida de capacidad de laboral elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez fue el 15 de marzo de 2017 y revisado el expediente se encuentra que hubo reparto de la demanda el 19 de febrero de 2020, entonces hay un criterio de la Corte Suprema de Justicia que se hace exigible el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez una vez se tiene firmeza del porcentaje, del origen y de la fecha de estructuración, lo cual se da con la ejecutoria del dictamen, y no transcurrieron tres años al interponer la demanda.

- Que sobre los intereses moratorios se encuentra que COLPENSIONES al declararse sin competencia traslado el expediente administrativo a PROTECCION S.A. desde el 08 de febrero de 2018, de lo cual ha guardado silencio esa entidad, por lo que estos intereses no se dan como indemnización sino para resarcir la demora en el reconocimiento y pago de la prestación y además porque el demandante acudió al fondo dentro del cual se encontraba afiliado, y se venía manejando criterio de la Corte Constitucional sobre qué el reconocimiento y pago debía ser por el fondo en donde se encontraba afiliado efectivamente al día siguiente dos meses después de radicada la solicitud de traslado.

- Que no debe ser condenado en costas porque no fue vencido en juicio y COLPENSIONES debía ser llamado al proceso.

El apoderado la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que respecto a los intereses moratorios el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 exige que haya mora en el pago de las mesadas pensionales y el demandante no es pensionado y no hubo mora en el pago de las mesadas, ni siquiera agoto el trámite de reclamación ante esa entidad.

- Que hay jurisprudencia de la Corte que dice la pérdida de capacidad se pierde en forma permanente y definitiva en la fecha en que se califica la pérdida de capacidad laboral, teniendo en cuenta que se sigue laborando y cotizando al Sistema General de Pensiones, entonces la pérdida de capacidad laboral se obtuvo cuando se produjo el dictamen y PROTECCION

no fue llamada a que interviniera en el trámite administrativo que presento ante COLPENSIONES y fue un tercero ajeno al trámite pensional.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

El apoderado del demandante manifiesta que no conocía la existencia del dictamen de PCL emitido por la Junta Nacional De Calificación De Invalidez ya que el actor le presentó dictamen de PCL emitido por la Junta Regional De Calificación De Invalidez Del Norte De Santander y anexó constancia de ejecutoria del mismo.

Alega que se debe acceder a las pretensiones de la demanda y de la apelación presentada para acceder a los intereses moratorios, teniendo en cuenta que la AFP PROTECCIÓN aceptó los hechos de la demanda dentro de la contestación, por lo que invoca el principio de congruencia de las sentencias frente al recurso de apelación y además la calidad del apelante demandado, que es una persona jurídica privada a la cual no le es aplicable la consulta prevista en el art 69 del CPT y de la SS.

Que en el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada AFP PROTECCIÓN no se manifiesta inconformidad alguna sobre el dictamen pericial que se presentó con la demanda, ni sobre el reconocimiento pensional, solo se apeló sobre los intereses moratorios que no se reconocieron y sobre las costas procesales.

• PARTE DEMANDADA:

La apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia alegando que establecida la línea de tiempo de la ocurrencia de los hechos que dan lugar al litigio, no cabe duda de que la pérdida de capacidad laboral fue adquirida mientras el demandante pertenecía a otro régimen pensional diferente al administrado por esa entidad, en tal sentido se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que la entidad administradora llamada a responder, es la entidad a la que perteneciera el demandante antes de trasladarse al régimen de prima media

Que, para el caso de la pensión de invalidez, el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999, dispuso los efectos que dichos traslados producen y se entiende que las contingencias que ocurran posterior a la solicitud de cambio de Fondo y con anterioridad a la efectividad del traslado deben ser cubiertas por el antiguo Fondo hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad, por lo tanto cobra importancia la fecha en que se hace efectivo el traslado como un elemento determinante del Fondo de Pensiones a la que le corresponde asumir el reconocimiento de la prestación pensional. Citó el concepto del año 2.001 de la Superintendencia Financiera y artículo 3.2.1.12 del Decreto 780 de 2.016 en donde se establece en igual sentido la responsabilidad al momento de la estructuración de un siniestro y cual entidad administradora tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones al momento de un traslado.

Finalmente indicó que la Resolución SUB 145777 de 31 de julio de 2017 resuelve declarar la pérdida de competencia para el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por el demandante.

El apoderado judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A. solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a su representada, alegando que en el presente caso no existe multiafiliación y no es procedente demandar el pago a PROTECCIÓN S.A. pues la última afiliación del actor que fue la realizada a COLPENSIONES es válida.

Que el demandante se trasladó voluntariamente al RPMPD según solicitud firmada por este y aprobada por PROTECCIÓN, quedando efectivo el traslado el 02 de agosto de 2.014, que el mismo se efectuó en los términos de la Ley 797 de 2.003 y fue aceptado sin objeción junto a los aportes por COLPENSIONES, entidad que continuó recibiendo a su favor las cotizaciones efectuadas por el actor y por consiguiente es a quien le corresponde el reconocimiento de la prestación demandada.

Que solo hasta el 04 de enero de 2.017, fecha en que se realizó la calificación de la pérdida de capacidad laboral, se determinó el estado de invalidez del actor y para ese momento estaba vinculado a COLPENSIONES; que la amplia jurisprudencia ha señalado que la capacidad laboral se pierde en forma permanente y definitiva como lo exige el decreto 917 de 1.999, en la fecha en que se califica dicha pérdida, teniendo en cuenta que se sigue laborando y cotizando al SGP.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

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

¿Si el demandante NELSON DURAN CONTRERAS tiene derecho a que se le reconozca la pensión de invalidez por aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003? Y de ser el caso, ¿Cuál de las entidades demandas debe reconocer el pago de la misma?

7. CONSIDERACIONES

En este caso, corresponde determinar si el demandante NELSON DURÁN CONTRERAS, tiene derecho a que COLPENSIONES o PROTECCIÓN S.A. le reconozcan pensión de invalidez por aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003; en virtud del dictamen No. 238 de 2017 proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander que declaró su pérdida de capacidad laboral en 54.20% estructurada el 20 de octubre de 2011.

Al respecto, la jueza *a quo* accedió las pretensiones por estimar, que el actor acreditaba la discapacidad y las semanas necesarias en los 3 años anteriores, advirtiendo que la responsabilidad de cancelar la pensión estaba en cabeza exclusiva de PROTECCIÓN, por cuanto la Corte Constitucional en Sentencia SU313 de 2020 fijó como regla jurisprudencial que el fondo encargado era donde estuviera afiliado al momento de la estructuración y no de la calificación, variando el anterior entendimiento, por lo que declaró el derecho a cargo de la AFP PROTECCIÓN a partir del 20 de febrero de 2011, con prescripción de los 3 años anteriores a la providencia y sin lugar a intereses de mora.

Contra la anterior decisión interpuso recurso el demandante para controvertir la aplicación de la prescripción y la negativa de intereses de mora; de otra parte, PROTECCIÓN apeló por estimar que no le corresponde asumir la pensión ya que el actor estaba válidamente afiliado a COLPENSIONES.

Procede esta Sala a establecer si el demandante tiene el derecho a la pensión de invalidez reclamada y a cargo de qué entidad se debe reconocer.

En este asunto, se advierte que con la demanda se aportaron las siguientes pruebas:

- Dictamen No. 238 del 15 de marzo de 2017, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, que determina una PCL del 54.20% estructurada el 20 de octubre de 2011 por enfermedad común TRASTORNOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES y FIBROTORAX; anexan constancia de ejecutoria de fecha 3 de mayo de 2017, suscrita por el Director Administrativo y Financiero de la Junta Regional.
- Resumen de cotizaciones expedida por COLPENSIONES, donde obran 663,43 semanas cotizadas entre abril de 1984 a marzo de 2017; resaltando que, en los 3 años anteriores al 20 de octubre de 2011, el actor realizó cotizaciones completas en los años 2009, 2010 y 2011.
- Resolución SUB145777 del 31 de julio de 2017, por la cual COLPENSIONES niega pensión de invalidez argumentando que para la fecha de estructuración el actor estaba legalmente afiliado a PROTECCIÓN S.A. y su traslado se dio el 1 de junio de 2014, por lo que declaró la pérdida de competencia para resolver el derecho pensional, remitiéndolo a la A.F.P.

Con la contestación de la demanda, COLPENSIONES aportó el expediente administrativo del actor y de este se destacan las siguientes pruebas que fueron omitidas en la demanda, siendo de gran relevancia para resolver el litigio:

- Formulario de afiliación al Sistema del 7 de mayo de 2014; allí el actor informa que labora en oficios varios y está afiliado a PROTECCIÓN.
- Dictamen No. 201719744395 del 4 de enero de 2017 emitido por COLPENSIONES, por el cual se asigna una PCL del 54.2% de origen enfermedad común estructurada el 10 de octubre de 2016, proferido por COLPENSIONES; el cual fue impugnado por el actor y se modificó en el Dictamen No. 238 de 2017 por la Junta Regional.
- Dictamen No. 13462120-10753 del 11 de julio de 2018 proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, que modifica el Dictamen No. 238 de 2017 de la Junta Regional en el sentido de identificar la fecha de estructuración en el 11 de octubre de 2016, pues esta debió definirse acorde al tratamiento y rehabilitación correspondiente, no al diagnóstico inicial pues dependía del compromiso funcional demostrable, manteniendo el PCL, los diagnósticos y el origen.

Advierte de manera preliminar la Sala, que la decisión de primera instancia se fundamentó exclusivamente en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y no hace mención al obrante en el expediente administrativo de la Junta Nacional que, si bien mantiene la PCL por encima del 50%, modifica la fecha de estructuración y con ello variaría el análisis de requisitos que debe hacerse. Situación que debió ser informada desde la

demanda por el actor, acorde al principio de lealtad procesal y que omitió totalmente. Esta situación llamó la atención de esta instancia, pues obraba una constancia de ejecutoria de la Junta Regional que certificó la ausencia de impugnaciones a su dictamen y para aclarar esta controversia, se profirió auto del 2 de diciembre de 2021 requiriendo a las partes informar sobre el trámite administrativo surtido.

Como resultado de la actividad probatoria en segunda instancia, se advierte que PROTECCIÓN aporta oficio del 19 de octubre de 2017 dirigido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, solicitando que se le notificara formalmente del Dictamen No. 238 de 2017, pues le imponía aparentemente una responsabilidad por la afiliación previa de NELSON DURÁN y no se le había puesto de conocimiento; en respuesta a lo cual, se observa Oficio del 8 de noviembre de 2017 donde la Junta Regional advierte que efectivamente no realizó notificación del Dictamen a PROTECCIÓN y como podría generarle una prestación económica a cargo, se le vulneró el debido proceso, disponiendo DEJAR SIN EFECTO la constancia de ejecutoria y dar trámite a la impugnación dicha AFP.

Es así como, queda evidenciado que el dictamen en firme realmente es el No. 13462120-10753 del 11 de julio de 2018 proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y no el No. 238 de 2017 proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander; situación que, si bien no fue advertida por ninguna de las partes de manera expresa, era dable inferirla a partir de un análisis cuidadoso del expediente administrativo aportado en la contestación por COLPENSIONES y donde obraba dicho dictamen, que por ser la última instancia y no controvertirse por el afiliado en este proceso ordinario, es el que se encuentra en firme para determinar la viabilidad de la prestación de invalidez.

Se destaca que la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, al responder al requerimiento de prueba oficiosa de la Sala, informó que ese dictamen fue debidamente notificado a todos los intervinientes así: NELSON DURÁN el 12 de julio de 2018, AFP COLPENSIONES y COOSALUD E.P.S. el 13 de julio de 2018, aclarando que el mismo acto quedó en firme por no tener más recursos; es decir, el actor tenía pleno conocimiento de este acto cuando interpuso la demanda en febrero de 2020 y no lo incorporó en los hechos ni pruebas de la misma.

Igualmente, se advierte que el dictamen de la Junta Nacional es el más adecuado para resolver las pretensiones porque su análisis es integral respecto de la historia clínica del afiliado, para determinar finalmente que la fecha de estructuración no se puede guiar por el momento del diagnóstico, sino que depende del impacto del tratamiento y rehabilitación para verificar el estado final de la integridad física, lo que permite en este caso establecer mediante examen de función pulmonar la pérdida definitiva para octubre de 2016 y no antes.

Conforme a lo anterior, se advierte que el señor NELSON DURÁN CONTRERAS demuestra encontrarse en estado de invalidez, por haber sido calificado con más del 50% de pérdida de capacidad laboral y para resolver adecuadamente la apelación propuesta, procede la Sala a verificar el cumplimiento de requisitos partiendo de las conclusiones en firme, contenidas en el dictamen No. 13462120-10753 del 11 de julio de 2018 proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, que son un 54.20% del PCL por enfermedad común estructurada el 11 de octubre de 2016.

Una primera consecuencia de esta nueva situación demostrada, es que tanto la estructuración como la calificación se surtieron cuando el actor ya

estaba legalmente afiliado a COLPENSIONES; pues se demostró que desde el 1.º de junio de 2014 fue trasladado del régimen privado administrado por PROTECCIÓN y sus recursos fueron entregados al régimen de prima media; lo que impone revocar íntegramente la decisión de primera instancia que reconoció la prestación a cargo de PROTECCIÓN, por evidenciarse su falta de legitimación en la causa por pasiva al no haber causado el afiliado su derecho bajo la afiliación a dicha entidad y en su lugar, procede la Sala a verificar si el actor demostró su derecho a cargo de COLPENSIONES.

Para resolver el presente asunto, es del caso recordar que el art. 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 1 de la Ley 860 de 2003, dispone que tendrá derecho a la pensión de invalidez: *“el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”*.

Del texto normativo citado se concluye que para que un afiliado sea beneficiario de la pensión de invalidez, debe estar calificado con pérdida de capacidad laboral superior al 50% y haber cotizado un mínimo de 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración; y en este caso, se advierte acorde al historial de cotizaciones actualizado al 21 de septiembre de 2020 que entre el 11 de octubre de 2013 y el 11 de octubre de 2016, solo existen cotizaciones validadas en octubre y noviembre de 2013 mediante empleador dependiente y obran cotizaciones por el régimen subsidiado de octubre de 2014 a marzo de 2015, pero no fueron convalidadas por COLPENSIONES alegando ausencia de registro de relación laboral vigente. Inclusive, con posterioridad a la estructuración, solo obran 6.29 semanas cotizadas entre enero y marzo de 2017.

Es decir, que el actor solo reporta debidamente cotizadas 7.15 semanas de octubre y noviembre de 2013, encontrándose en discusión la validez de 25.74 semanas de octubre de 2014 a marzo de 2015; para un eventual total de 32.89 semanas, insuficientes en todo caso para cumplir el requisito de densidad de cotizaciones exigido en la norma y ante lo cual, no es procedente reconocer el derecho a la pensión de invalidez reclamado a cargo de COLPENSIONES.

Advierte la Sala que el presente asunto estuvo condicionado en primera instancia al ocultamiento de un dictamen que existía para la presentación de la demanda y que certifica la Junta Nacional fue notificado al actor, donde se modificaba el dictamen de la Junta Regional que favorecía sus intereses y si bien se aportó una constancia de ejecutoria, esta había sido invalidada por la entidad calificadora sin que se controvirtiera judicialmente dicha actuación.

Por ello, identificados correctamente los supuestos de hecho del caso concreto, lo procedente es aplicar la norma vigente para la fecha de estructuración en firme y dirimir la controversia exclusivamente bajo dicha calificación; para el caso de la pensión de invalidez, esta cubre el riesgo de que cualquier afiliado pueda verse afectado por una enfermedad o accidente que le imposibilite seguir laborando. De allí que la configuración del riesgo sea el determinador de la norma aplicable, dado que la finalidad de la pensión es cubrir la consumación del riesgo de la invalidez y este marco es el que brinda seguridad jurídica al funcionamiento del sistema general de seguridad social en pensiones; lo que deviene en este caso, en el incumplimiento del número de semanas exigidas en la norma, contabilizadas desde la fecha de estructuración en firme.

Ahora bien, jurisprudencialmente se ha admitido la posibilidad de estudiar la viabilidad de la pensión de invalidez variando el momento para contabilizar las semanas en aquellos casos donde el afiliado padece de enfermedades de tipo crónico, congénito o degenerativo y se identifica la demostración de capacidad laboral residual que justifique las semanas cotizadas luego de la estructuración formal; sin embargo, esta posibilidad no fue planteada en la demanda y tampoco fue objeto de debate probatorio en el curso del proceso, por lo que en virtud del principio de congruencia y consonancia, no es posible valorarlo en segunda instancia.

En consecuencia, asistió razón al apelante PROTECCIÓN en sus argumentaciones sobre que no estaba legitimado en la causa y analizado el caso concreto acorde a la situación administrativa correcta, no se demostró que COLPENSIONES estuviera en la obligación de reconocer pensión de invalidez al señor NELSON DURÁN CONTRERAS. Por lo cual se declarará que el actor no cumple los requisitos para acceder a pensión de invalidez conforme al dictamen No. 13462120-10753 del 11 de julio de 2018 proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, encontrando probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de COLPENSIONES y se le absolverá de las pretensiones incoadas en su contra.

Finalmente, al no asistir el derecho al demandante por sustracción de materia no es viable analizar su recurso de apelación; atendiendo a su demostrada situación de minusvalía, la Sala se abstendrá de condenar en costas de ambas instancias.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR ÍNTEGRAMENTE la Sentencia del 08 de julio de 2.021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA respecto a PROTECCIÓN S.A.

TERCERO: DECLARAR que el señor **NELSON DURÁN CONTRERAS**, no cumple los requisitos para acceder a pensión de invalidez conforme al dictamen No. 13462120-10753 del 11 de julio de 2018 proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, encontrando probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto a COLPENSIONES y **ABSOLVER** a esta entidad de las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: Sin condena en costas de ambas instancias, acorde a lo expuesto en la parte motiva.

Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

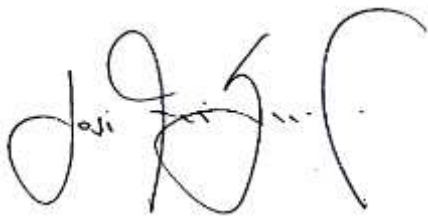


NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



ELVER NARANJO

Magistrado



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

RAD: 54001-31-05-003-2020-000208-01
P.T. No. 19107
REF: Proceso Ordinario
DEMANDANTE: Cristhian Gutiérrez Monsalve
DEMANDADO: Caprecom Liquidado

A través de memorial presentado a través del buzón electrónico del Despacho, la pasiva, dentro del término de ley interpone recurso de reposición y en subsidio queja contra la providencia que niega el recurso de casación.

Revisada la decisión atacada, la Sala mantiene su decisión, toda vez que no encuentra elementos de juicio para revocarla y en su lugar concede el recurso de queja para ante el superior.

Dese aplicación al artículo 114 del Código General del Proceso, ordenando la expedición de las piezas procesales pertinentes para el trámite del mismo y se concede el término de cinco (5) días para el suministro de las expensas de conformidad con la norma antes citada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G .

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio de 2022.

U.

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

Rad. Juzgado. 54-001-31-05-003-2020-00244-00

Rad. Interno: 19455

Juzgado: Tercero Laboral Circuito de Cúcuta

DTE/ ORLANDO VARGAS RAMIREZ E HIJOS

DDO/ ARL LA EQUIDAD SEGUROS S.A., JUNTA

NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ Y JUNTA

REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE

NORTE DE SANTANDER.

San José de Cúcuta, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de fecha 26 de julio de 2021, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso ordinario laboral presentado por el señor ORLANDO VARGAS RAMÍREZ contra la ARL LA EQUIDAD SEGUROS S.A., JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ Y JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER.

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,

I. ANTECEDENTES

El demandante presentó demanda ordinaria laboral en contra la ARL LA EQUIDAD SEGUROS S.A., JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ Y JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER con el fin de que “se declare la ilegalidad y/o ilicitud de la calificación contenida en el dictamen de pérdida de capacidad laboral y determinación de la invalidez de LA EQUIDAD ARL de fecha del 24/08/2019 que determino la pérdida de capacidad laboral del 33.05%”, así como la “revisión del dictamen N° 91265330-4140 del 25/01/2016 como segunda instancia emitida por LA JUNTA NACIONAL DE CALIFIACION DE INVALIDEZ que determinó la pérdida de capacidad laboral del 42.13% de mi poderdante, se deje sin efecto”.

Así mismo, solicitó el demandante, se decrete a su favor, como medida cautelar innominada, el pago de “un (1) salario mínimo mensual legal vigente

hasta que se tenga sentencia ejecutoriada que absuelva a los demandados o hasta que en su defecto se incluya en nómina pensional al señor ORLANDO VARGAS RAMIREZ y se inicie el pago sistemático de la pensión por invalidez. La anterior medida para que sea tomada en contra de LA EQUIDAD ARL o si el Honorable Despacho lo considera en contra de todos y cada uno de los demandados” y, de manera subsidiaria, solicitó “se le ordene a LA EQUIDAD ARL darle las prestaciones asistenciales y medicas de las patologías psicológicas y psiquiátricas de forma integral”.

II. AUTO OBJETO DE APELACIÓN

Mediante auto de fecha 26 de julio de 2021 el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, resolvió lo siguiente:

En cuanto al reconocimiento provisional de la pensión de invalidez, debe precisar este Despacho que el Dictamen N° 773015 de 23 de agosto de 2019 proferido por LA EQUIDAD SEGUROS S.A., determinó que el demandante sufrió una pérdida de capacidad laboral del 33.05% de origen laboral, como consecuencia de las patologías de “Restricción movimientos de la columna lumbar” y “Hernia de disco operada con secuelas clínicas y electromiográficas”; es decir, que el actor no acredita al menos la condición de invalidez en los términos del artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, sin al menos estar acreditada la invalidez no existe apariencia de buen derecho, y a juicio de este Despacho no serían aplicables las medidas cautelares a las que se refirió la Corte Constitucional en la Sentencia T-774 de 2015, debido a que en esta los accionantes habían acreditado el estado de invalidez y la negativa se fundamentaba en el cumplimiento del requisito de semanas y/o fidelidad en el sistema; en cambio en este caso, la controversia en este caso se encamina a obtener la nulidad de los dictámenes que han determinado que el actor sufre una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y una vez se resuelva ello, establecer si es inválido y si tiene derecho a la prestación económica derivada del mismo.

En relación con las prestaciones asistenciales y médicas que se requieren a través de la medida cautelar, advierte este Despacho que tampoco se evidencia una afectación del derecho fundamental de la salud del demandante que amerite adoptar acciones tendientes a lograr su protección efectiva, debido a que al consultar el Sistema de Información ADRES, se constató que actualmente se encuentra afiliado en el Sistema General de Seguridad Social a través del régimen subsidiado, por lo que tiene acceso a atención médica y el tratamiento que requiera para la atención de sus patologías.

III. APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

La parte demandante presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión, solicitando “se revoque la decisión del a quo para conceder EL SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE”, indicando lo siguiente:

- i) “Respecto de la no acreditación del estado de invalidez de mi defendido invocar el principio de nadie está obligado a lo imposible “Ad impossibilia nemo tenetur” pues es justamente la eventual declaratoria del estado de invalidez una de las pretensiones de la demanda. Ahora bien resulta desfasado de toda lógica y sana crítica que el a quo me exija como requisito para decretar la medida cautelar solicitada que antes cumpla una de las pretensiones contenidas en la demanda lo que igualmente menosprecia el instrumento procesal para procesos declarativos al que decidí acudir siendo conforme al artículo 590 CGP a literal c que dice: 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.
- ii) Respecto de la sentencia T-774-2015 que fue el fundamento jurisprudencial invocado por despacho para negarme la medida cautelar solicitada indicar que en la misma se presentan 4 problemas jurídicos a resolver y la medida cautelar decretada obedece a circunstancias fácticas distintas a la de mi defendido pues este último no ha alcanzado su estado de invalidez, a su vez ninguno de ellos (los accionados dentro del expediente T-774-2015) fue dictaminado por órgano competente con menos del 50% de pcl y que todos en razón de lo anterior tienen problemas respecto del reconocimiento pensional en razón a las cotizaciones al sistema por incumplimiento de los requisitos del artículo 1 de la ley 860 de 2003 y de la ley 797 por lo que concluye la sala en el numeral 278 en razón a distintas hipótesis de acceso a pensión de invalidez en el sistema general de pensiones lo 4 criterios jurisprudenciales distintos”.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron alegatos de conclusión que se encuentran debidamente consignados en el expediente digital.

En consecuencia, una vez cumplido el término para presentar los mismos, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes.

V. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los antecedentes presentados, es preciso concluir que la providencia apelada es susceptible de tal recurso, según lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto “(...) *que decida sobre medidas cautelares*”.

En relación con lo que es objeto de debate, debe definir esta Sala de Decisión si es procedente decretar la medida cautelar innominada, del pago, a favor del demandante, y durante el curso del proceso y hasta que se tenga sentencia ejecutoriada, de un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de la ARL SEGUROS LA EQUIDAD.

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 inexequibilidad 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 inexequibilidad 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.

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.

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

(...)

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 concreto

Revisando entonces los antecedentes relevantes a la luz de lo reglado por la H. Corte Constitucional en su sentencia C-043 de 2021, considera la Sala que en este caso, al realizar un riguroso examen de la solicitud impetrada por la parte activa con el fin de establecer si la misma es proporcional y congruente, no se observa, dentro del trámite elementos que juicio que revelen con cierta nitidez **la apariencia de buen derecho de la prestación reclamada**, toda vez, que se carece del material probatorio necesario para acreditar que el actor, en algún momento fue calificado por la entidades competentes con el porcentaje mínimo exigido para establecer su estado de invalidez.

En efecto, y si bien la pretensión principal del presente proceso va encaminada, precisamente, a lograr la ineficacia de los dictámenes en los cuales se califica al actor con un porcentaje menor al 50% de pérdida de capacidad laboral, para de esta manera, declarar su estado de invalidez, y condenar al extremo pasivo de la litis a reconocer y pagar la pensión correspondiente, la medida solicitada no supera en definitiva el test de razonabilidad y proporcionalidad aplicable, como quiera que como se advirtió, no existe dentro del plenario ningún elemento objetivo (dictamen médico científico), revelador del estado de invalidez del demandante, con el cual, a efectos de decretar la medida provisional solicitada, se pueda comparar los

dictámenes atacados y de esta forma presumir su apariencia de buen derecho.

Y es que no se observa por parte de la Juez A quo un exceso de ritual en la decisión atacada, tal y como lo alega la parte activa, ya que mal podría accederse, de manera provisional, a ordenar el pago a una entidad de seguridad social, de una pensión de invalidez, sin que por lo menos exista algún dictamen médico científico revelador de tal estado y, por tanto, sin cumplirse las condiciones establecidas por el Alto Tribunal Constitucional para el decreto de una medida cautelar que no se encuentre expresamente consagrada en la legislación laboral.

Bajo este entendido, no queda otro camino a esta Sala que el de CONFIRMAR el auto apelado proferido por la Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 26 de julio de 2021 en el sentido de NEGAR el decreto de la medida cautelar innominada del pago de un salario mínimo mensual legal vigente a favor del demandante.

Se condenará en costas a la parte activa en el monto de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a favor de las entidades demandadas, en aplicación del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por intermedio de su Sala de Decisión Laboral,

VI. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado proferido por la Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 26 de julio de 2021 en el sentido de NEGAR el decreto de la medida cautelar innominada del pago de un salario mínimo mensual legal vigente a favor del demandante.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte activa en el monto de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a favor de las entidades demandadas, en aplicación del artículo 365 del CGP.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'José Andrés Serrano Mendoza', with a large, stylized flourish at the end.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de Junio de Dos Mil Veintidós (2022)

PROCESO:	EJECUTIVO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2003-00213-00
RADICADO INTERNO:	19.614
DEMANDANTE:	HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS ERNESTINA BECERRA DE MARTÍNEZ y PEDRO MIGUEL RAMÍREZ COLOBÓN
DEMANDADO:	ALCALDÍA DE CÚCUTA

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso EJECUTIVO A CONTINUACIÓN de proceso ordinario laboral promovido por los herederos determinados e indeterminados de ERNESTINA BECERRA DE MARTÍNEZ y PEDRO MIGUEL RAMÍREZ COLOBÓN contra ECOPETROL S.A., radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2003-00213-00, y radicación interna N° **19.614** de este Tribunal Superior para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra del auto del 22 de noviembre de 2021 que resolvió las excepciones propuestas, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

MARÍA INÉS GARCÍA DE IBARRA, MANUEL SALVADOR MANZANO, LUIS GONZALO RODRÍGUEZ ORTEGA, CARLOS SEGUNDO CONTRERAS, MANUEL ANTONIO GAONA ARÉVALO, JOSÉ MANUEL ARAQUE SIERRA, OLGA GÓMEZ DE BUSTAMANTE, PEDRO MIGUEL RAMÍREZ COLOBÓN y NURY CECILIA CÁRDENAS SANTOS, interpusieron demanda ordinaria laboral contra el MUNICIPIO DE CÚCUTA para que se reconozca y pague el reajuste pensional consagrado en el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 y su Decreto reglamentario 2108 de 1992, causado a partir del 1 de enero de 1993, con el reajuste pensional correspondiente desde su causación, el retroactivo a su favor, intereses de mora e indexación; exponiendo como hechos que prestaron sus servicios al demandado y les fue reconocida pensión vitalicia de jubilación a través de la Caja de Previsión Municipal, todos con anterioridad al 1 de enero de 1982, sin que se les reconociera el incremento ordenado para trabajadores nacionales en la Ley 6 de 1992 pero que jurisprudencialmente ha venido siendo reconocido a favor de los trabajadores territoriales por aplicación del principio de igualdad, de manera que se omitió la aplicación del incremento del 12% para 1993, 12% para 1994 y 4% para 1995.

La demandada ALCALDÍA DE CÚCUTA se opuso a las pretensiones indicando que el reajuste fue ordenado para los pensionados del orden nacional, y luego fue declarada inexecutable en Sentencia C-531 de 1995 por la Corte Constitucional, por lo que no es posible reclamar su aplicación; propuso como previa la falta de jurisdicción y competencia por corresponder al contencioso

administrativo y la prescripción, y de fondo la inexistencia de la obligación e inaplicabilidad del artículo 116 de la Ley 6 de 1992.

En audiencia del 31 de marzo de 2004, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta ordenó inaplicar la frase “del orden nacional” contenida en el Decreto 2108 de 1992 por contrariar el artículo 13 de la Constitución a favor de los demandantes y por ende reconocer a cargo de la ALCALDÍA DE CÚCUTA, el reajuste de su pensión de jubilación por los años 1993 y 1994, condenando al pago de los reajustes pensionales debidamente indexados a partir del 6 de junio de 2000 por la prescripción parcial, excepto de ANTONIA SANTOS DE CÁRDENAS que por su fallecimiento va hasta diciembre de 2002. Decisión que fue confirmada en segunda instancia en providencia del 3 de septiembre de 2004, modificando lo correspondiente a ANTONIA SANTOS para que el reajuste ingrese a favor de su masa sucesoral. Posteriormente en auto del 29 de noviembre de 2004 se negó el recurso extraordinario de casación por no alcanzar el interés para ello.

Se dictó auto el 5 de febrero de 2005 obedeciendo y cumpliendo lo ordenado por el superior, corriendo traslado de la liquidación de crédito y fijando las agencias en derecho.

Inicialmente en memorial del 17 de febrero de 2005 se solicitó iniciar proceso ejecutivo de las condenas a favor de los demandantes por los reajustes pensionales y las costas; en auto del 18 de febrero de 2005 se aprobó el crédito previo a resolver sobre la solicitud de ejecución. Tras lo cual, en memorial del 2 de marzo de 2005, el apoderado de los actores solicitó la terminación del proceso por pago mediante conciliación de la ALCALDÍA DE CÚCUTA con los demandantes CARLOS SEGUNDO CONTRERAS, JOSÉ MANUEL ARAQUE SIERRA, MANUEL SALVADOR MANZANO, OLGA GÓMEZ VIUDA DE BUSTAMANTE, PEDRO RAMÍREZ COLOBÓN, LUIS GONZALO RODRÍGUEZ y ANTONIO SANTOS DE CÁRDENAS. Lo cual se acepta en auto del 11 de marzo de 2005.

La señora ERNESTINA BECERRA DE RAMÍREZ en su calidad de cónyuge superviviente y beneficiaria de PEDRO MIGUEL RAMÍREZ COLOBÓN, mediante apoderada judicial interpone el 19 de septiembre de 2013 solicitud de ejecución de la sentencia condenatoria contra el municipio de CÚCUTA, indicando que a la fecha la ALCALDÍA DE CÚCUTA no ha dado cumplimiento a la sentencia pese a múltiples requerimientos y que el señor RAMÍREZ falleció el 9 de marzo de 2013, siendo reconocida como sustituta pensional en Resolución No. 24 del 24 de abril de 2013; por lo que solicita se libere mandamiento de pago por la suma de \$33.503.791 por los reajustes dejados de pagar entre octubre de 2004 y agosto de 2013, más los intereses de mora causados y las mesadas e intereses que se sigan causando.

En auto del 21 de noviembre de 2013, el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA dispuso librar mandamiento de pago contra el MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA por las sumas solicitadas.

La ALCALDÍA DE CÚCUTA contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones por cuanto ya dio cumplimiento a las sentencias del proceso ordinario, las cuales fueron objeto de acuerdo de pago mediante acta del 23 de febrero de 2005 suscrita por el alcalde de la época y el apoderado del actor; suscribiendo acuerdo de pago el 15 de diciembre de 2005, acordando que el pago al apoderado se haría con cargo a las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas a favor de los pensionados, como abono al proceso ejecutivo adelantado ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito en radicado 307-2005m por lo cual se emitieron comprobantes de egresos números E-052138 del 24 de septiembre de 2007 por \$80.996.057, No. E-049565 del 25 de mayo de 2007 por \$80.996.057 y No. E-048082 del 9 de marzo de 2007 por

\$81.000.000. Propone como excepciones la PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO.

La apoderada de la actora en memorial del 5 de marzo de 2014 informa la existencia de herederos determinados del señor PEDRO MIGUEL RAMÍREZ COLOBÓN: **ROSS MARY**, PEDRO MIGUEL, **MARITZA**, **ELSA ROSARIO**, **LAURA ENERSTINA y ÁLVARO** RAMÍREZ BECERRA, para que se proceda a su notificación junto a la de indeterminados.

En auto del 28 de julio de 2014, el juzgado declaró la nulidad del mandamiento de pago por haberse librado en favor de la persona equivocada, pues la sustituta solo tendría derecho al pago del reajuste desde que adquirió dicha calidad y no se presentó debidamente a favor de la sucesión del causante, en proceso ejecutivo separado, independiente y autónomo al ordinario ya terminado; contra lo cual se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, no prosperando el primero en auto del 27 de agosto de 2014, pero fue revocado por el superior en auto del 21 de octubre de 2016, por cuanto los sucesores del causante pueden actuar en este mismo trámite como sucesores procesales y ordenó seguir con el trámite del proceso.

El Despacho dio cumplimiento a lo ordenado en auto del 1 de febrero de 2017; luego en auto del 26 de abril de 2019 se aceptó la contestación de la demanda del MUNICIPIO DE CÚCUTA, corriendo traslado de sus excepciones. Posteriormente se notificaron del mandamiento de pago los herederos MARITZA, LAURA ENERSTINA y ÁLVARO RAMÍREZ BECERRA el 5 de junio de 2019, ROSS MARY y ELSA ROSARIO RAMÍREZ el 4 de julio de 2019 y PEDRO MIGUEL RAMÍREZ BECERRA el 28 de enero de 2020.

En auto del 11 de diciembre de 2020 se designó curador ad litem de los herederos indeterminados al Dr. EDGAR GUEVARA IBARRA que aceptó el 25 de marzo de 2021 y fue notificado el 14 de abril de 2021 y contestó allanándose a lo expuesto por la demandante.

2. PROVIDENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

Mediante auto del 22 de noviembre de 2021 proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta se resolvió:

PRIMERO: *Declarar probada la excepción de mérito de prescripción de la acción y el derecho de reliquidar todo lo anterior a 19 septiembre de 2010 conforme a lo considerado.*

SEGUNDO: *DECLARAR no probadas las excepciones denominadas INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO, que en sí entrañan un pago o cumplimiento de la obligación por la ejecutada en forma total, conforme a lo considerado.*

TERCERO: *ORDENAR SEGUIR EJECUCIÓN CONTRA LA EJECUTADA por la diferencia mesada pensional a partir del 19 de septiembre de 2010 y hasta la fecha de la muerte de la Sra. ERNESTINA BECERRA DE RAMIREZ, partiendo de un valor mesada pensional de \$ 669.089,34 valor conciliado y pagado hasta septiembre de 2004, obligación es a partir de la diferencia pensional desde octubre de 2004, con ajuste IPC acumulado a diciembre de 2004 de 5,5% para obtener el valor pensión del año 2005 y así sucesivamente, declarando que efectivamente se ajustó la pensión en el año 2005 para marzo inclusive en forma aún deficitaria sobre un valor informado de \$ 696.890, cuando debió ser por valor de \$705.889 y a partir del 1 enero de 2006 aplicar al valor pensión de 2005 el acumulado IPC a diciembre de 2005, y así sucesivamente todos los años artículo 14 ley 100 de 1993, el valor debido corresponde a los saldos insolutos a partir del 19 de septiembre de 2010 y siguientes, es la diferencia de cada una*

de las mesadas pensionales, indexadas desde su causación y hasta la fecha en que se paguen en forma efectiva. Todo conforme a lo considerado.

CUARTO: *Negar los intereses moratorios por ser improcedentes artículo 141 ley 100 de 1993.*

QUINTO: *Solicitar a las partes presenten la liquidación del crédito conforme a los parámetros señalados.*

SEXTO: *Condenar en costas parciales a favor de la ejecutante y a cargo ejecutada, en el artículo 443 numerales 2 y 3 C.G.P. y Acuerdo PSAA16-10554 artículo 5 numeral 4 literal c), procesos ejecutivos son de mayor cuantía, se fijan las agencias en el 5% del valor de la ejecución. En su momento procesal liquidar.*

SÉPTIMO: *Ordenar seguir la actuación así se apele, en atención al sentido de la decisión y al efecto en que se concede el recurso de apelación si es interpuesto.*

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez a quo, fundamenta la decisión de primera instancia en lo siguiente:

- Que, la pensión del ejecutante fallecido PEDRO RAMÍREZ COLOBÓN, le fue reconocida en Resolución No. 509 de 1976 a partir de julio 21 de 1976 a cargo de la Caja de Previsión Departamental y la Municipal en sendas proporciones; la cual fue objeto de reajuste por orden judicial conforme a la Ley 6 de 1992, en los porcentajes determinados en su decreto reglamentario y posterior a la actuación judicial, el apoderado judicial presentó liquidación de crédito informando que la obligación ascendía a \$46.110.789,47 y que la mesada pensional para septiembre de 2004 por \$669.089,34, documento por el cual se plantea posteriormente un acuerdo conciliatorio con el Municipio de Cúcuta. Resaltando el memorial donde se informa un pago total, solicita terminación y retira la demanda en el año 2005.

- Que este proceso ejecutivo parte de nueva demanda ejecutiva donde se alega que no hubo el reajuste pensional por parte de la Alcaldía de Cúcuta, 8 años después de la terminación y se libra el mandamiento con base a lo afirmado por el ejecutante y el título judicial; aclarando en su pedimento que se persigue el reajuste de 2004 a 2013, por lo que no se entiende una ejecución completa de la sentencia sino con posterioridad a septiembre de 2004 por cuanto el acta de conciliación se basa en una conciliación liquidada hasta esa fecha, encontrándose pago ese concepto.

- Que esta conciliación es entonces el referente para establecer la cuantía y el alcance de las obligaciones, tanto por el valor cancelado como por la mesada aceptada y que permite comenzar a reajustar año a año por cuanto para entonces se estableció ese valor con el reajuste de la Ley 6ª de 1992 y a partir de allí comienza cada año a incrementarse con el IPC, para establecer si existe un pago sobre el valor perseguido de octubre de 2004 en adelante, por lo que no es admisible la prueba de pago alegado por la ejecutada al corresponder al retroactivo conciliado hasta septiembre de 2004.

- Que por esto, resulta evidente que las excepciones de mérito de la alcaldía están dirigidas a establecer un pago judicial que no es el cobrado en esta ejecución; ahora bien, resalta que está prescrito cualquier reajuste anterior al 19 de septiembre de 2010 ya que es evidente cómo la Alcaldía no cumplió con el valor de mesada conciliado y comenzó a cancelar deficitariamente, estableciendo con las pruebas que el reajuste acordado para septiembre de 2004 se realizó para enero de 2005 e incompleto, pues el valor fijado de \$669.089,34 que daba lugar a mesada de \$705.889 acorde a lo conciliado, no se cumplió pues la mesada pagada fue de \$696.890 para una

diferencia de \$8.999, que comienza entonces a afectar las mesadas anuales subsiguientes, resaltando la siguiente relación:

Año	Valor pagado	Reajuste	Diferencia
2004	\$ 405.470,00	\$ 669.089,34	\$ 263.619,34
2005	\$ 696.890,00	\$ 705.889,00	\$ 8.999,00
2006	\$ 731.107,00	\$ 740.123,56	\$ 9.016,56
2007	\$ 763.861,00	\$ 773.281,00	\$ 9.420,00
2008	\$ 807.325,00	\$ 817.280,68	\$ 9.955,68
2009	\$ 869.247,00	\$ 879.966,00	\$ 10.719,00
2010	\$ 886.632,00	\$ 897.565,00	\$ 10.933,00
2011	\$ 914.738,00	\$ 927.017,81	\$ 12.279,81
2012	\$ 948.858,00	\$ 960.558,00	\$ 11.700,00
2013	\$ 972.010,00	\$ 983.995,61	\$ 11.985,61
2014	\$ 990.867,00	\$ 1.003.084,61	\$ 12.217,61
2015	\$ 1.027.133,00	\$ 1.039.797,05	\$ 12.664,05
2016	\$ 1.096.670,00	\$ 1.110.141,05	\$ 13.471,05
2017	\$ 1.159.729,00	\$ 1.173.974,05	\$ 14.245,05
2018	\$ 1.207.162,00	\$ 1.221.990,00	\$ 14.828,00

•Que se advierte en el curso del proceso cómo la señora ERNESTINA BECERRA falleció el 4 de julio de 2018 pero solo se informó a la Alcaldía en septiembre, siguiendo el pago de mesadas pero no se propuso la excepción de compensación oportunamente, quedando facultados para recobrar en otros escenarios.

• Que se ordenará seguir adelante con la ejecución por los saldos insolutos de la diferencia relacionada entre el 19 de septiembre de 2010 al 4 de julio de 2018, debidamente indexado a la fecha de pago y no hay lugar a intereses de mora por tratarse de incremento pensional.

3. RECURSO DE APELACIÓN

3.1 De la parte demandada

La parte ejecutada presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión, con fundamento en lo siguiente:

•Que se opone a la condena impuesta por cuanto según la documentación detallada y precisa aportada por la oficina encargada de liquidaciones y reajustes pensionales del Municipio, donde se allegó la prueba de la aplicación de la Ley 6ª que se realizó desde el año 2005 y se demostró el pago mensual realizado desde la fecha hasta el fallecimiento de la sustituta, por lo que solicita se revise todo lo que obra en el expediente, no existiendo las diferencias ordenadas en la providencia.

4. ALEGATOS

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

•**PARTE DEMANDANTE:** No presentó alegatos de conclusión.

•**PARTE DEMANDADA:** La apoderada de la entidad demandada, solicitó revocar la decisión que declaró no probadas las excepciones de mérito por alegadas diferencias pensionales pues acorde a la explicación rendida por la Oficina de Fondo de Pensiones, se dio estricto cumplimiento a la reliquidación pensional ordenada en Ley 6ª de 1992 acorde a las sentencias judiciales y la

conciliación pactada con el apoderado, cumpliendo con todas las obligaciones derivadas sin que haya lugar a sumas adicionales pues inclusive se pagó el saldo retroactivo indexado en su oportunidad, conforme a los recibos aportados.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo expuesto, la Sala identifica como problema jurídico a resolver si las excepciones de mérito propuestas por la ALCALDÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA contra el mandamiento de pago librado a favor de ERNESTINA BECERRA DE RAMÍREZ en su calidad de cónyuge supérstite y beneficiaria de PEDRO MIGUEL RAMÍREZ COLOBÓN, están llamadas a prosperar.

7. CONSIDERACIONES

Con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto a consideración de esta Sala de Decisión contra el auto que resolvió las excepciones de mérito, es necesario advertir, que el presente proceso ejecutivo de cumplimiento de sentencia, encuentra su origen en la sentencia del 31 de marzo de 2004, dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se condenó a la demandada ALCALDÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA, a reconocer y pagar a favor de los demandantes, el reajuste pensional consagrado en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, a partir del 1º de enero de 1993, y a pagar las diferencias de las mesadas pensionales causadas desde el 6 de junio de 2000 hasta cuando se pague el retroactivo adecuado y se normalice su pago en nómina; decisión que fue confirmada por la Sala de Decisión Laboral de este Tribunal Superior en segunda instancia, el 3 de septiembre de 2004.

Posteriormente, en memorial del 19 de septiembre de 2013, la apoderada de la señora ERNESTINA BECERRA DE RAMÍREZ en su calidad de cónyuge supérstite y beneficiaria de PEDRO MIGUEL RAMÍREZ COLOBÓN, solicita se libere mandamiento de pago a su favor por cuanto la ALCALDÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA no dio debido cumplimiento a la sentencia condenatoria en contra y dejó de realizar el reajuste adecuadamente entre octubre de 2004 y agosto de 2013; contra lo cual la accionada presentó las excepciones de PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO fundado en que el ente territorial dio total cumplimiento y pago a las condenas impuestas.

A fin de resolver el problema jurídico planteado vemos que el artículo 422 del C.G.P. refiere: *“Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.”*

En concordancia, se debe advertir que el artículo 100 del C.P.T. y de la S.S. regula lo concerniente específicamente al proceso ejecutivo laboral y dispone que *“Será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada*

en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral firme”

Respecto de las sentencias, los artículos 305 y 306 del C.G.P., disponen que *“Podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas o a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior”* y así *“Cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, (...) el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada.”*

De la anterior norma, se desprende que la ejecución de una sentencia condenatoria dentro del mismo trámite procesal solo requiere de la presentación de la solicitud por parte del acreedor, una vez se encuentre ejecutoriada la misma o el auto que obedece lo resuelto por el superior, que para el presente caso se profirió el 5 de febrero de 2005.

De conformidad con el numeral 2 del artículo 442 del C.G.P., norma aplicable al procedimiento laboral por analogía según el artículo 145 del C.P.T.S.S., establece que *“Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida.”*

Conforme al objeto del recurso de apelación, esta Sala de Decisión procederá a pronunciarse sobre si efectivamente estuvo acreditado el pago total de la obligación reclamada.

El pago es la prestación de lo que se debe, es decir, es el cumplimiento de la obligación, a través del cual se extingue ésta, satisfaciendo el interés del acreedor y liberando al deudor; de forma que para extinguir la misma el pago de la deuda debe ser completo, según lo establecen los artículos 1625 y s.s. del Código Civil.

Al respecto, el artículo 1634 de la mencionada codificación dispone que para que el pago sea válido debe hacerse al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entiende todos los que hayan sucedido en el crédito a un título singular) o a la persona que la ley o el juez autorice recibir para el cobro.

Igualmente se estableció en el Código General del Proceso como principio de la actividad probatoria la necesidad de la prueba (Art. 164), para justificar toda decisión judicial y que estas lleguen oportunamente al proceso. De la misma manera en el Art. 167 CGP se impone la carga de la prueba a quien invoca el supuesto de hecho.

Para el caso concreto, el objeto de la controversia se limita en los términos del recurso de apelación en que la entidad demandada afirma que ha dado cabal cumplimiento a la obligación de reconocer y pagar los reajustes pensionales a favor del actor, indicando que se suscribió un acta de conciliación con el apoderado de la parte demandante y se reajustó el valor de la mesada, que fue reconocida periódicamente con sus incrementos anuales y se canceló al beneficiario y su sustituta en su totalidad.

Obran como pruebas al plenario las siguientes:

- Resolución No. 509 del 19 de octubre de 1976 reconociendo pensión de jubilación a favor de PEDRO MIGUEL RAMÍREZ COLOBÓN; quien falleció el 9 de marzo de 2013 y en Resolución no. 024 del 24 de abril

de 2013 le fue reconocida su sustitución a ERNESTINA BECERRA DE RAMÍREZ, en calidad de cónyuge supérstite.

- A folio 270 del expediente obra la liquidación de crédito del apoderado inicial del actor, quien expone que el reajuste ordenado debe liquidarse a partir de la mesada de 1992 de \$75.146,31, lo que aplicados los cálculos correspondientes conlleva a que en septiembre de 2004 ascienda a \$669.089,34, identificando un retroactivo de \$14.264.796,39 entre junio de 2000 a septiembre de 2004, que indexado a la fecha ascendía a \$46.110.789,47.
- Acta de conciliación sobre pagos diferencidos en procesos en vía de ejecución y pagos de derechos litigados en procesos ordinarios laborales, por reajustes pensionales de Ley 6 de 1992; suscrita el 23 de febrero de 2005 entre el alcalde encargado GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO y el apoderado del demandante JESÚS ALFONSO GELVEZ RINCÓN, para conciliar los procesos radicados 2003-213 del Juzgado Cuarto Laboral y el 2004-147 del Juzgado Tercero Laboral, donde se acuerda realizar el pago de las condenas efectuadas y efectuar la nivelación y reajuste de pensiones en la mesada de noviembre de 2004, acordando el pago de retroactivo en 4 cuotas: \$95.765.458 el 28 de febrero de 2005, \$37.631.046 el 29 de marzo de 2005, \$268.793.190,48 el 10 de junio de 2005 y \$134.396.595,24 para el 10 de enero de 2006, para un total de \$537.586.380,97.
- Certificado de valor de mesada pensional anual, expedida por la ALCALDÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA, con anexo de los desprendibles de nómina que permiten establecer el valor cancelado anualmente al actor y su sustituta pensional así: 1992 de \$75.146.31, 1993 de \$93.955.43, 1994 de \$113.770.63, 1995 de \$139.471.42, 1996 de \$166.613, 1997 de \$216.837, 1998 de \$238.480, 1999 de \$278.306, 2000 de \$303.994, 2001 de \$330.593, 2002 de \$355.883, 2003 de \$380.759, 2004 de \$405.470, 2005 de \$696.890, 2006 de \$731.107, 2007 de \$763.861, 2008 de \$807.325, 2009 de \$869.247, 2010 de \$886.632, 2011 de \$914.735, 2012 de \$948.858, 2013 de \$972.010, 2014 de \$990.867, 2015 de \$1.027.133, 2016 de \$1.096.670, 2017 de \$1.159.729 y 2018 de \$1.207.162.

Acorde a estas pruebas, se evidencia que efectivamente la accionada ALCALDÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA realizó un acuerdo conciliatorio con el apoderado del demandante para establecer un método de pago sobre la condena proferida en este y otro proceso por concepto de reajustes pensionales de ley 6ª de 1992; allí se comprometió a cancelar el retroactivo conforme a las liquidaciones de crédito aportadas y a comenzar el reajuste pensional en la nómina de noviembre de 2004.

No obstante, este proceso ejecutivo surge, porque afirma la actual apoderada de la sustituta pensional del señor PEDRO RAMÍREZ COLOBÓN, que dicho reajuste nunca se realizó debidamente y que el pago de la mesada fue deficitaria desde octubre de 2004, aportando para ello una liquidación donde establece que el valor de la mesada para 2004 fue de \$433.854 cuando debía ser de \$565.994 y para 2005 fue de \$745.672 cuando debía ser de \$972.783, reclamando así una diferencia sucesiva a su favor desde octubre de 2004 por aplicación indebida del reajuste pensional.

De lo anterior se deriva, como estimó el juez *a quo*, que el objeto de esta ejecución nunca se centró en reclamar el retroactivo causado desde junio de 2000 en los fallos del proceso ordinario, dado que los mismos fueron objetos de conciliación extrajudicial con el anterior apoderado judicial y sobre estos no existe controversia alguna; sino que la ALCALDÍA MUNICIPAL no aplicó debidamente el reajuste en la forma ordenada y desde octubre de 2004, se abstuvo de pagar la mesada que en derecho correspondía.

Por ende, para resolver el problema jurídico lo correspondiente es identificar cuál debía ser el valor de la mesada pensional para octubre de 2004 como consecuencia de la orden judicial de reajustar conforme a la Ley 6ª de 1992, para constatar si lo reconocido por la accionada daba lugar o no a las diferencias reclamadas en la solicitud de mandamiento de pago.

Al respecto, se observa, que conforme a las pruebas reseñadas no hubo un pronunciamiento expreso en acto administrativo de la ALCALDÍA DE CÚCUTA que estableciera la forma en que iba a dar cumplimiento a la orden judicial; tampoco en el acta de conciliación se establece de manera clara y concreta cómo se iba a modificar el valor de la mesada pensional y lo que se pacta es el pago de lo adeudado conforme a la liquidación de crédito obrante al proceso, que como se indicó fue liquidado a septiembre de 2004.

Ahora bien, advierte la Sala, que aunque el juez *a quo* procede a establecer el valor de lo adeudado conforme a la liquidación de crédito aprobada en auto del 18 de febrero de 2005, revisada la misma se evidencia que parte de un procedimiento aritmético equivocado y no es procedente su uso para establecer el valor de la mesada pensional; conforme se explicará a continuación:

PEDRO RAMIREZ COLOBON
C.C. 1.914.786
FECHA DE PENSION: JULIO 21 DE 1976 PORCENTAJE: 28%
SALARIO ACTUAL: \$405.470.26
PENSON AÑO 1992 \$ 75.146.31

INCREMENTOS DE LEY
SALARIOS SIN INCREMENTOS
DIFERENCIAS POR AJUSTES
AÑOS 1993, 1994 Y 1995

INCREMENTOS 1993		INCREMENTOS 1994		INCREMENTOS 1995	
DANE:25.13%	LEY 6ª/92 12%	DANE:22.60%	LEY 6ª/92 12%	DANE: 22.59%	LEY 6ª/92 4%
94.030.58	105.314.25	120.115.27	144.609.10	177.276.29	184.367.35
	93.955.43		113.770.63		139.471.42
	11.358.82		30.838.47		44.895.93

ACTUALIZACION DE LAS DIFERENCIAS DE LA MESADA DEJADA DE PAGAR POR IPC-DANE:

Año	Número Mesadas a Reconocer	IPC DANE	INTEGRACION DE LOS VALORES AÑOS			VALORES TOTALES	MONTO
			1993	1994	1995		
1993		25.13%	10.618.47				
1994		22.60%	13.018.24	28.828.46			
195		22.59%	15.959.06	35.340.81	41.969.68	93.269.55	
1996		19.46%				111.419.81	
1997		21.63%				135.519.91	
1998		17.68%				159.479.83	
1999		16.70%				186.112.96	
2000	8.80	9.23%				203.291.19	2.397.347.02
2001	14.00	8.75%				221.079.17	3.813.961.17
2002	14.00	7.65%				237.991.72	3.813.961.17
2003	14.00	6.99%				254.627.35	3.813.961.17
2004	10.00	6.49%				272.425.80	2.724.257.98
TOTAL	60.80						16.563.488.61

ACTUALIZACION DE LA MESADA:

MESADA ACTUAL:	\$396.663.54
MAS INCREMENTO AJUSTADO POR LOS AÑOS 1993, 1994 Y 1995 HASTA SEPTIEMBRE DE 2004	272.425.80
VALOR MESADA AJUSTADA ACTUAL:	\$669.089.34

Esta operación visible a folios 270 y 271, parte del valor de la mesada de 1992 para extraer el incremento de 1993, 1994 y 1995 en aras de identificar el valor total de la diferencia, que identifica en 93.269,55, la cual procede a indexar hasta 2004 y el rubro final lo suma a la mesada pagada para entonces; lo que desconoce flagrantemente el artículo 1º del decreto 2108 de 1992 que reglamentó la ley 6ª de 1992, donde se consagró que el aumento del 28% debía

ser aplicado en 3 reajustes, uno del 12% junto al IPC de 1993, otro del 12% junto al IPC de 1994 y el final del 4% con el IPC de 1995.

El cálculo realizado en dicha liquidación no es adecuado pues separa el valor de la mesada con el del reajuste, desconociendo que su cálculo debe hacerse integrado para determinar el valor real que debe ajustarse a la inflación que busca proteger la norma en cuestión.

Igualmente, la liquidación de crédito presentada por el ejecutante con su solicitud de mandamiento de pago vista a folio 308 es totalmente equivocado, pues identifica la mesada de 1992 en \$81.798, lo que no tiene justificación alguna y se contradice tanto con la información previa, como con los soportes de nómina y certificaciones aportadas, donde se establece en \$75.146,31. De manera que carece de validez para cualquier verificación en este trámite.

Descartadas así las operaciones obrantes al plenario, procede la Sala a realizar sus propias estimaciones en aras de resolver de fondo las excepciones, siguiendo los lineamientos del Decreto 2108 de 1992 para verificar si se generaron diferencias a favor del actor no reconocidas:

Año	Mesada	IPC	Monto	Reajuste Ley 6	Monto
1992	\$ 75.146,31	25,13%	\$ 18.884,27	12,00%	\$ 9.017,56
1993	\$ 103.048,13*	22,60%	\$ 23.288,88	12,00%	\$ 12.365,78
1994	\$ 138.702,79*	22,59%	\$ 31.332,96	4,00%	\$ 5.548,11
1995	\$ 175.583,86*	19,46%	\$ 34.168,62		
1996	\$ 209.752,48**	21,63%	\$ 45.369,46		
1997	\$ 255.121,94	17,68%	\$ 45.105,56		
1998	\$ 300.227,50	16,70%	\$ 50.137,99		
1999	\$ 350.365,49	9,23%	\$ 32.338,74		
2000	\$ 382.704,23	8,75%	\$ 33.486,62		
2001	\$ 416.190,85	7,65%	\$ 31.838,60		
2002	\$ 448.029,45	6,99%	\$ 31.317,26		
2003	\$ 479.346,71	6,49%	\$ 31.109,60		
2004	\$ 510.456,31	5,50%	\$ 28.075,10		
2005	\$ 538.531,41	4,85%	\$ 26.118,77		
2006	\$ 564.650,18	4,48%	\$ 25.296,33		
2007	\$ 589.946,51	5,69%	\$ 33.567,96		
2008	\$ 623.514,46	7,67%	\$ 47.823,56		
2009	\$ 671.338,02	2,00%	\$ 13.426,76		
2010	\$ 684.764,78	3,17%	\$ 21.707,04		
2011	\$ 706.471,83	3,73%	\$ 26.351,40		
2012	\$ 732.823,23	2,44%	\$ 17.880,89		
2013	\$ 750.704,11	1,94%	\$ 14.563,66		
2014	\$ 765.267,77	3,66%	\$ 28.008,80		
2015	\$ 793.276,57	6,77%	\$ 53.704,82		
2016	\$ 846.981,40	5,75%	\$ 48.701,43		
2017	\$ 895.682,83	4,09%	\$ 36.633,43		
2018	\$ 932.316,26	3,18%	\$ 29.647,66		

**El valor es el resultado de sumar el monto de la columna 2, con los reajustes vistos en las columnas 4 y 6.*

***El valor es el resultado de sumar el monto de la columna 2 con el de la columna 4, como todas las mesadas sucesivas.*

Acorde a lo anterior, se procede a comparar el valor cancelado por la Alcaldía Municipal conforme al reporte de nómina allegado como prueba digital en segunda instancia:

Año	Valor pagado	Reajuste	Diferencia
2004	\$ 405.470,00	\$ 510.456,31	\$ 104.986,31
2005	\$ 696.890,00	\$ 538.531,41	-\$ 158.358,59
2006	\$ 731.107,00	\$ 564.650,18	-\$ 166.456,82
2007	\$ 763.861,00	\$ 589.946,51	-\$ 173.914,49
2008	\$ 807.325,00	\$ 623.514,46	-\$ 183.810,54
2009	\$ 869.247,00	\$ 671.338,02	-\$ 197.908,98
2010	\$ 886.632,00	\$ 684.764,78	-\$ 201.867,22
2011	\$ 914.738,00	\$ 706.471,83	-\$ 208.266,17
2012	\$ 948.858,00	\$ 732.823,23	-\$ 216.034,77
2013	\$ 972.010,00	\$ 750.704,11	-\$ 221.305,89
2014	\$ 990.867,00	\$ 765.267,77	-\$ 225.599,23
2015	\$ 1.027.133,00	\$ 793.276,57	-\$ 233.856,43
2016	\$ 1.096.670,00	\$ 846.981,40	-\$ 249.688,60
2017	\$ 1.159.729,00	\$ 895.682,83	-\$ 264.046,17
2018	\$ 1.207.162,00	\$ 932.316,26	-\$ 274.845,74

Conforme este cálculo, se advierte que no existe diferencia alguna a favor del actor, pues con la correcta aplicación del parámetro normativo se puede detectar que la liquidación de crédito utilizada para dar cumplimiento a la sentencia estuvo errado y en realidad, el incremento era menor al que sirvió para aplicar en la realidad y por ello la ejecutada siempre canceló un valor mayor al que le correspondía.

Fluye de lo expuesto, que no existe una obligación clara, expresa y exigible en favor de la parte ejecutante por la que se sostenga el mandamiento de pago, el cual como se pudo establecer fue resultado de una operación matemática iniciada en un valor equivocado y por lo tanto, se declarará probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN propuesta por la ALCALDÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA, por lo cual se revocará el mandamiento de pago librado en su contra.

Se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandante por haber prosperado el medio exceptivo; fijando como agencias en derecho a favor de la ejecutada el equivalente a 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes por primera instancia y un salario mínimo mensual legal vigente por segunda instancia.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el auto del 22 de noviembre de 2021 que resolvió las excepciones propuestas, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta; en su lugar DECLARAR probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN propuesta por la ALCALDÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA y REVOCAR el mandamiento de pago librado en su contra, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de ambas instancias a la parte ejecutante, fijando como agencias en derecho a favor de la ejecutada el equivalente a 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes por primera instancia y un salario mínimo mensual legal vigente por segunda instancia.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	EJECUTIVO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-3105-004-2014-00182-03
RADICADO INTERNO:	19.526
DEMANDANTE:	CLAUDIA PATRICIA BARRERA GELVEZ
DEMANDADO:	SANDRA MILENA RIVEROS GIRALDO y JOHAN SEBASTIÁN FERNÁNDEZ RIVEROS

Magistrada Ponente:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede el despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del auto del dos (02) de septiembre de dos mil veintiuno (2021); para lo cual, se dicta el siguiente:

AUTO

1. Antecedentes

La señora CLAUDIA PATRICIA BARRERA GELVEZ interpuso demanda ordinaria laboral contra la señora SANDRA MILENA RIVEROS GIRALDO y demás herederos determinados e indeterminados de JUAN CARLOS FERNÁNDEZ OSORIO, para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo y se accediera al pago de prestaciones sociales, salariales e indemnizaciones; agotado el trámite procesal, en audiencia del 19 de marzo de 2015 se dictó sentencia de primera instancia donde se declaró la existencia de un contrato entre CLAUDIA BARRERA y JUAN CARLOS FERNÁNDEZ entre el 21 de agosto de 2001 al 6 de noviembre de 2009, negando las pretensiones indemnizatorias y solo condenando al pago de la prestación de aportes pensionales mediante el título pensional por cálculo actuarial correspondiente, dado que hubo prescripción de los demás derechos reclamados.

Decisión que fue confirmada íntegramente en segunda instancia, mediante sentencia del 12 de abril de 2018 y en auto del 23 de octubre de 2019 se negó el recurso de casación, tras lo cual en auto del 23 de octubre de 2019 el Juzgado expidió auto de obedézcase y cúmplase lo resuelto, al tiempo que se liquidaron las costas de ambas instancias y fueron aprobadas.

En memorial del 1 de noviembre de 2019, la parte demandante solicita librar mandamiento de pago por lo correspondiente a prestaciones de aportes pensionales, liquidado en la suma de \$34.498.260,41 según trámite de casación, siguiendo la fórmula establecida en el Decreto 1887 de 1994; así como por las costas de primera instancia en suma de \$6.443.500 y de segunda instancia en \$1.562.484, más los intereses moratorios causados desde la ejecutoria.

Mediante auto del 21 de enero de 2020, el Juzgado resolvió librar orden de pago por los conceptos de costas exclusivamente; negando el concepto de prestaciones de aportes pensionales pero al resolver recurso de reposición en decisión del 8 de septiembre de 2020 accedió a librar mandamiento de pago por obligación de hacer para que los ejecutados SANDRA MILENA RIVEROS GIRALDO y JOHAN SEBASTIÁN FERNÁNDEZ RIVEROS procedan a efectuar el pago de la prestación de aportes pensionales, correspondiente al título pensional, de conformidad con lo preceptuado en la ley 100 de 1993, art. 33 parágrafo 1° Literal C, en concordancia con el Decreto 1887 de 1994, a la A.F.P. PORVENIR S.A., a la que está afiliada CLAUDIA BARRERA GELVES, en los términos de la condena de primera instancia que fue confirmada en apelación. Decisión que fue confirmada en auto del 6 de septiembre de 2021.

En proveído del 3 de marzo de 2021, el Juzgado ordenó seguir adelante la ejecución por lo librado en auto del 21 de enero de 2020 por cuanto los ejecutados no emitieron pronunciamiento contra el mandamiento de pago ni propusieron excepciones, existiendo una obligación clara expresa y exigible, imponiendo costas a cargo de la demandante y fijó las agencias en derecho del ejecutivo en el 5% del crédito.

En memorial del 19 de julio de 2021, la parte demandante radica liquidación del crédito identificando la suma de \$8.005.984 por costas, más \$3.985.980 por intereses de mora desde la ejecutoria de la sentencia (30 de septiembre de 2019 hasta julio de 2021) y agencias en derecho de la ejecución por \$400.299 para un total de \$12.392.263.

Dentro de la oportunidad legal, los demandados objetaron la liquidación de crédito presentada por contener dos errores: en cuanto a los intereses moratorios señala que si bien el capital es \$8.005.984, este solo se hizo exigible desde el auto de obedécese y cúmplase (25 de septiembre de 2019), desde donde deben causarse los intereses y se deben liquidar hasta el mes de febrero de 2020 cuando se aplicó la primera cuota de embargo salarial a la ejecutada por parte de la Secretaría de Educación de Cúcuta, desde donde se iniciaron los descuentos mensuales que deben servir para amortizar los intereses moratorios. Por lo que dichos pagos deben ser imputados, al constar en el expediente, presentando su propia liquidación con esta aplicación.

2. Auto impugnado

En proveído del 2 de septiembre de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta aprobó la liquidación del crédito en la suma de \$8.005.984 señalando que al librarse mandamiento de pago no se accedió a reconocer intereses moratorios, por lo que advierte que ninguna de las liquidaciones aportadas se ajusta a la realidad y al mandamiento, pues la liquidación de intereses de mora no es aplicable a este caso donde se ejecutan costas procesales, debiendo aprobarse exclusivamente este monto.

3. Recurso de apelación

La parte demandante interpone recurso de apelación contra lo resuelto, señalando:

- Que el mandamiento de pago derivada del título ejecutivo es una obligación clara, expresa y exigible en su favor, por lo que si bien es cierto no se decretaron intereses moratorios, el artículo 431 del C.G.P. indica que cuando la obligación verse de una cantidad líquida de dinero se ordenará su pago con los intereses que se hicieron exigibles desde la cancelación de la

deuda, por lo que no era procedente cercenar el derecho que le asiste a los intereses moratorios que inclusive reconoce la parte demandada.

- Que igualmente el artículo 446 del C.G.P. señala que la liquidación especificará el capital y los intereses causados, de manera que negarlos viola el debido proceso y la recta administración de la justicia, manteniendo el error que parte del mandamiento de pago y negando la efectividad de los derechos derivados por la ley sustancial; teniendo facultades para corregir estas irregularidades como el saneamiento y el control de legalidad.

4. Alegatos de conclusión

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

- **PARTE DEMANDANTE:**

La demandante manifestó que la providencia apelada violó el debido proceso y la recta administración de justicia, al reñir con el artículo 446 del C.G.P. donde se autoriza a la parte interesada a presentar el crédito con los intereses causados a la fecha, por lo que es improcedente aprobar exclusivamente la suma de capital desconociendo el valor adeudado en su totalidad y corregir la actuación omitida inclusive desde el mandamiento de pago, pues se debe garantizar la protección del derecho sustancial y prevenir las conductas contrarias a la justicia, como sería persistir en el desconocimiento de la obligación con sus debidos intereses.

- **PARTE DEMANDADA:**

El apoderado de la parte demandada presentó un documento, pero su contenido no es congruente con este asunto.

5. Consideraciones del Despacho

Es preciso señalar que conforme a lo dispuesto en el numeral 10° del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, es apelable el auto que “*resuelva sobre la liquidación del crédito en el proceso ejecutivo*”, por lo que existe competencia para pronunciarse sobre este asunto.

Dentro de este proceso ejecutivo a continuación, en auto del 2 de septiembre de 2020 se libró mandamiento de pago por los conceptos de \$6.443.500 de costas de primera instancia de proceso ordinario y \$1.562.484 por costas de segunda instancia, negando la solicitud de librar mandamiento por intereses moratorios; sin que los demandados presentaran excepciones de mérito, se profirió auto el 3 de marzo de 2021 ordenando seguir adelante la ejecución y ordenando a las partes que presentaran la liquidación del crédito.

La parte actora radica liquidación del crédito identificando la suma de \$8.005.984 por costas, más \$3.985.980 por intereses de mora desde la ejecutoria de la sentencia (30 de septiembre de 2019 hasta julio de 2021) y agencias en derecho de la ejecución por \$400.299 para un total de \$12.392.263; la cual objeta la parte demandada por estimar que la liquidación de intereses de mora no puede ser en las fechas propuestas. No obstante, el *a quo* se abstiene de aprobar ambas liquidaciones y limita la aprobación al valor de \$8.005.894 por costas de ambas instancias, pues no se ordenó en sentencia o el mandamiento de pago ninguna clase de intereses.

Ahora bien, el apoderado de la parte demandante solicita en su recurso que se revoque la decisión del juez *a quo* de no aprobar las liquidaciones aportadas por ambas partes al contener intereses moratorios y limitarse a aprobar únicamente el valor aprobado por costas, argumentando que los mismos son de origen legal y no puede negarse su causación.

Para resolver este asunto, se advierte que el artículo 446 del C.G.P. reglamenta la presentación de la liquidación del crédito así:

*“Ejecutoriado el auto que ordene seguir adelante la ejecución, o notificada la sentencia que resuelva sobre las excepciones siempre que no sea totalmente favorable al ejecutado cualquiera de **las partes podrá presentar la liquidación del crédito con especificación del capital y de los intereses causados** hasta la fecha de su presentación, y si fuere el caso de la conversión a moneda nacional de aquel y de estos, **de acuerdo con lo dispuesto en el mandamiento ejecutivo**, adjuntando los documentos que la sustenten, si fueren necesarios.”*

De la norma se deriva que el trámite de la liquidación del crédito no es al arbitrio de las partes o su conveniencia, sino que depende de la cuantificación del capital e intereses conforme se dispuso en el mandamiento ejecutivo; por ello, no es posible incorporar conceptos nuevos, adicionales o que ya fueron descartados previamente.

Así lo ha interpretado la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, exponiendo en Sentencia T-753 de 2014:

*“(...) se tiene que **las bases financieras con fundamento en las cuales debe liquidarse posteriormente el crédito vienen ya definidas, desde el mandamiento de pago.***

La liquidación del crédito constituye una operación que tiene como finalidad calcular la deuda final a cobrar, la cual supone la existencia de un mandamiento de pago y la sentencia dentro del proceso ejecutivo. Así se dijo en la sentencia C-814 de 2009:

*“Así pues, del estudio contextual de la disposición acusada es fácil concluir que para el momento en que debe presentarse la liquidación del crédito, (i) **ya se ha proferido un mandamiento de pago en el que se ha señalado la suma adeudada;** (ii) **ya existe una sentencia en firme que decide en el fondo sobre la existencia de dicha obligación** y el momento desde cuando se hizo exigible; y (iii) **también está plenamente establecido el monto de la deuda en la unidad monetaria en la que fue contraída dicha obligación.** Así las cosas, las operaciones que restan para liquidar el crédito son la determinación del monto a pagar en moneda nacional, si es el caso, y el cálculo del valor de los intereses, que se establece a partir del tiempo transcurrido desde que la obligación se hizo exigible, cosa que viene señalada en la sentencia, y la tasa aplicable según los diferentes periodos, asunto que cada seis meses es determinado por la Superintendencia Financiera.*

De otro lado, es de suponer que tanto el deudor como el acreedor conocen la historia del crédito sobre el cual versa el proceso, es decir los pagos o abonos que se han hecho, y las modificaciones a las condiciones o términos del mismo que hayan podido producirse, y que en todo caso durante el transcurso del proceso han tenido la oportunidad de precisar esta información.

*Así las cosas, prima facie podría concluirse que **las bases matemáticas y financieras, con base en las cuales se lleva a cabo la operación de liquidación del crédito dentro del proceso ejecutivo, se han precisado durante el trámite del proceso**, de manera que para cuando se realiza dicha operación sólo hace falta calcular los intereses y*

*la conversión a moneda nacional, **si fuera el caso**. De esta manera, aunque el cálculo de los intereses puede admitir diverso grado de complejidad según la fórmula acordada, en principio ni dicha operación de liquidación resultaría extremadamente compleja, ni menos aún la revisión de la misma, por lo cual los términos de diez y tres días fijados por el legislador para ello podrían ser juzgados como razonables, más si se tiene en cuenta que el principio de celeridad exige evitar dilaciones injustificadas en el progreso del trámite procesal.”.*

Fluye de este panorama legal y jurisprudencial, que no asiste razón a la parte actora en sus argumentos para reclamar que se apruebe la liquidación de crédito incluyendo los intereses de mora pues desde el auto que libró mandamiento de pago se aclaró que solo se aceptaría por la condena de liquidación de costas aprobada en el proceso ordinario y negó la solicitud de incluir los intereses moratorios. De manera que la liquidación del crédito debe ser concordante y congruente con lo avalado en el mandamiento de pago, pues fue este el valor que surtió el trámite ejecutivo y no puede ser sujeto de variaciones tras el auto que ordenó seguir adelante la ejecución.

Respecto de las inconformidades de la parte actora sobre que los intereses de mora tienen origen legal y no pueden ser desconocidos por el Despacho, en primer lugar debe advertirse que como estos fueron negados en el auto del 2 de septiembre de 2020 y no hubo controversia de su parte contra dicha decisión, la misma quedó en firme y fue tácitamente aceptada por quien ahora reclama su revocatoria. No siendo dable revivir un asunto que ya fue legalmente resuelto y quedó ejecutoriado, lo que sí desconocería el debido proceso y la recta administración de justicia.

En todo caso, se advierte que aunque artículos como el 431 o el 446 del C.G.P. hacen referencia a la inclusión de intereses de mora en el mandamiento de pago y la liquidación del crédito; estos no tienen una causación inmediata sino que deben provenir de la naturaleza de la obligación y el cumplimiento de los presupuestos de ser clara, expresa y exigible, reclamados oportunamente y bajo el trámite correspondiente. Lo que, se reitera, no sucede en este caso pues una vez negados los intereses desde el mandamiento de pago, quedó claro que dicha obligación reclamada no hace parte de la ejecución librada y por tanto no puede ser incorporada tardíamente en la liquidación del crédito.

En consecuencia, se confirmará la decisión adoptada por el juez *a quo* de limitar la aprobación de la liquidación del crédito a la suma de \$8.005.894 por concepto de las costas de ambas instancias del proceso ordinario laboral, en concordancia con los parámetros del mandamiento de pago librado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 2 de septiembre de 2021 que aprobó liquidación de crédito realizada por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, acorde a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio 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: 54-001-31-05-004-2014-00463-01

Partida Tribunal: 18272

Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: Carlos Alberto Chacón Sánchez

Demandada (o): Transtonchalá

Tema: Contrato de trabajo- Horas extra-
Indemnización despido

Asunto: Apelación de sentencia

San José de Cúcuta, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de apelación presentados por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 30 de agosto de 2018, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-004-2014-00463-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18272 promovido por el señor CARLOS ALBERTO CHACÓN SÁNCHEZ en contra de la EMPRESA DE TRANSPORTE TONCHALÁ S.A.- TRANSTONCHALÁ y las señoras MARGARITA HELLIN BECERRA DE RINCÓN y ANA VEGA CARVAJAL.

I. ANTECEDENTES

El demandante, por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de TRASNTONCHALÁ, pretendiendo que se declare entre ellos, la existencia del contrato de trabajo escrito a término indefinido, desde el 29 de abril de 1993 hasta el 13 de abril de 2013 y en consecuencia se condene a la pasiva al pago de las horas extras, dominicales y festivos causados, así como de los reajustes de los aportes realizados al fondo de pensión teniendo en cuenta el salario real percibido, y de la indemnización por despido sin justa causa.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 75 a 77 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que el día 29 de abril de 1993 celebró con TRANSTONCHALÁ un contrato de trabajo a término indefinido, para realizar las funciones de conductor de servicio público.
2. Que su salario diario era el siguiente:
 - Años 1993 a 1997: \$550.000.
 - 1998 a 2002: \$700.000.
 - 2003 a 2006: \$900.000.
 - 2007 a 2011: \$2.100.000.
 - 2012 y 2013: \$2.250.000.
3. Que su horario era de lunes a sábado de 5:00 am a 09:00 pm, los domingos de 6:00 am a 12:00 m y los festivos de 6:00 am a 8:00 pm.
4. Que durante el trabajo se levantaron tres memorandos en fechas 26 de diciembre de 2003, 11 de marzo de 2004 y 26 de noviembre de 2004, habiendo rendido descargos frente al memorando del mes de marzo.
5. Que el día 05 de junio la pasiva envió comunicación de terminación de contrato de trabajo.
6. Que sus cotizaciones al fondo de pensión se cancelaban con un salario básico correspondiente al mínimo mensual legal vigente, cuando en realidad su salario era mayor,

III. NOTIFICACIÓN A LOS DEMANDADOS

Notificada del libelo demandatorio, la empresa demandada aceptó como ciertos los hechos 9 y 13, como parcialmente ciertos los hechos 1, 2, 7, 8, 11 y 12 y el resto que no son ciertos, no le constan. Se opuso totalmente a las pretensiones, manifestando que la empresa se encuentra a paz y salvo respecto de las acreencias laborales causadas a favor del actor; indicó que la fecha inicial de la relación laboral fue el 29 de abril de 1993, fecha en que la señora Margarita Hellin Becerra designó como conductor de un vehículo de su propiedad al demandante; con respecto a las jornadas laboradas, indicó que estas se realizan según imposición de la propietaria del vehículo inscrito y posteriormente, él se asignaba el día y hora que lo conducía y el único deber para con la empresa era mantenerse al día con el pago de la planilla; que las liquidaciones fueron realizadas según el salario pactado entre las partes, es decir el mínimo legal mensual, tal como consta en los documentos adjuntos.

Con relación a la terminación del contrato de trabajo, indicó que el demandante nunca fue despedido injustamente, ya que se cumplió la vigencia establecida con respecto a la vida útil del vehículo que era conducido por aquel, situación que era de su conocimiento; que además se contaba con la Resolución N° 030-2013 emanada del Subdirector de Transporte Público y Valorización del Área Metropolitana d Cúcuta, en la cual se retiró de la base de datos del radio de acción Metropolitano, dicho vehículo; que además, en reiteradas ocasiones se recibieron quejas del abuso y mal comportamiento por parte del señor Chacón Riviera, ya que tomaba rutas que no le correspondían y en horarios no asignados.

Como excepciones de fondo propuso las de prescripción de la acción, pago de la obligación, inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, la señora MARGARITA HELLIN BECERRA DE RINCÓN vinculada al proceso como litis consorcio necesario, indicó en su contestación que su vinculación con el demandante estuvo vigente desde el 10 de julio de 1995 y hasta el 08 de enero de 2009, fecha en la cual vendió al demandante y a su cónyuge ANA VEGA CARVAJAL el microbús de servicio público de placas SYV-679; que el salario devengado por el actor era el mínimo legal mensual vigente y el horario de trabajo nunca superó lo establecido en la legislación laboral.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia de vínculo contractual a la fecha del despido, inexistencia de obligación de pagar reajustes de cotizaciones a la seguridad social en pensiones y salud, existencia de justa causa para el despido y cobro de lo no debido.

La señora ANA VEGA CARVAJAL, vinculada al proceso como litis consorcio necesario, fue representada por curador ad Litem.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 30 de agosto de 2018, resolvió declarar “la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la empresa demandada TRANSTONCHALA S.A. con solidaridad del propietario del vehículo a partir del 29 de abril del año 93 a través de órdenes de trabajo contrato indefinido de fecha 21 de septiembre del 2000 y hasta su terminación 13 de abril del año 13 conforme a lo considerado”.

Así mismo, declaró que dicho contrato terminó sin justa causa por parte de la empleadora, por lo que condenó a esta y solidariamente a los propietarios del vehículo para esa época, señores Carlos Chacón Rivera y Ana Vega Carvajal, al pago de la indemnización por despido, por la suma de \$8.039.011, con la correspondiente indexación, denegando las demás pretensiones de la demanda, al no haber sido probados los hechos en los que se fundamentaban.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que se probó la relación laboral con la empresa demandada mediante el contrato suscrito, así como la solidaridad en el pago de las obligaciones laborales con los propietarios del vehículo conducido por el actor; consideró que las situaciones alegadas por la demandada para dar por terminado dicho contrato no configuran una justa causa bajo la legislación colombiana, por lo que la condenó al pago de la indemnización por despido.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Al encontrarse en desacuerdo con parte de la anterior sentencia, el demandante interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que tal como se pudo probar a través de los documentos y testimonios e interrogatorios recaudados que el demandante dentro del producido diario tenía una utilidad que formaba parte de su salario de más o menos \$75.000 diarios en el año 2013.

Alegó que la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia radicación 39259 de fecha 17 de abril del 2013 realiza el análisis de la remuneración en este tipo de labor; que en efecto la Corte estableció que “el producido”, como se denomina en el gremio del servicio público, la parte del dinero con la que se queda el taxista, que era el caso también de servicio público, después de un día de trabajo es verdadero salario a destajo conforme al artículo 132 del código sustantivo del trabajo; que dicha sentencia es relevante dada la situación de incertidumbre e inestabilidad en la que se encuentran muchos de estos trabajadores, lo que amerita que la Corte establezca algunos lineamientos claros que permitan tanto a propietarios, empresas afiliadoras y conductores, conocer el régimen aplicable y las obligaciones y los derechos de cada parte.

Precisó que el mismo demandante manifiesta claramente en su interrogatorio de parte que en el año 2013 tenía un ingreso diario de \$75.000 libres, después de pagar planilla, gastos que tenía que asumir por parte del vehículo; que así mismo, el señor Alirio asomado por la parte demandante como testigo, manifiesta que él en el año 2006 tenía un ingreso de salario diario de más o menos \$ 65.000.

Que no se encuentra de acuerdo con que esto no se haya tenido en cuenta, probándose la primacía de la realidad del trabajador, y no habiendo otro medio probatorio para demostrar el salario real efectivamente devengado ya que a él no le consignaban en una cuenta bancaria, no le entregaban un desprendible de pago, por lo que la única manera era mediante testimonios e interrogatorio; que la declaratoria del salario real devengado alteraría la condena impuesta relacionada con la indemnización por despido.

Con respecto al horario de trabajo, indicó que el señor Harold Martínez manifestó que efectivamente ellos desde las 5 de la mañana estaban iniciando rutas; que es un hecho notorio que todos los trabajadores del servicio público madrugan porque son los que transportan a toda la clase trabajadora asalariada de una ciudad desde las 5 de la mañana, cumpliendo no 8 horas diarias, sino 16 horas diarias, muchos hasta las 11 de la noche.

Precisó que su recurso de apelación también va invocado a que se reconozcan algunas condenas que no se pidieron dentro de la demanda inicial porque el demandante, dentro de sus limitaciones económicas buscó

una persona que no manejaba el tema y se quedó corto en la demanda, pero que es claro que tiene derecho a las indemnizaciones contempladas en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la indemnización del artículo 99 de la ley 50 del 90 por el no pago de las cesantías en los fondos de pensiones al día 15 de febrero de cada anualidad, todo teniendo como base el salario de \$2.2500.00 que fue el último salario devengado, y no un salario mínimo.

Por último, solicitó que se condene a la empresa de transporte al pago de la seguridad social integral conforme al salario real que recibía, que era de \$2.250.000 y se revoquen las condenas a él impuestas.

2. PARTE DEMANDADA

La pasiva presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por la Juez A quo, en cuanto a la condena impuesta al pago de la indemnización por despido, al considerar que las causales que generaron el despido son concomitantes a la terminación del contrato de trabajo del señor Chacón, visto esto al revisar el contenido de los 254 y 255 del expediente; que allí puede observarse con claridad que efectivamente las situaciones que dan origen a dicha terminación por parte de la empresa TRASTONCHALA no distan de la época en que se da por terminado el vínculo laboral, argumento empleado por el despacho para la emisión de la condena a título de indemnización por retiro sin justa causa, pues la falta al reglamento interno del trabajo está contemplada por la norma laboral como justa causa, conforme lo señalado por el numeral 6° artículo 62 del CST; de igual forma apeló lo pertinente a la condena en costas de que fue objeto de manera solidaria, teniendo en cuenta que la terminación del contrato se dio por justa causa.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandada presentó sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

PARTE DEMANDANTE. Alegó la parte demandante que el fallo de primera instancia se quedó corto en las condenas impuestas a la Empresa TRANSTONCHALA S.A.; que en este no se reconoció que el salario real del demandante en el 2013 era de \$2'250.000 mcte mensual, derivado del contrato de trabajo a término indefinido como conductor de bus de la Empresa; que éste contrato fue suscrito entre TRANSTONCHALA S.A. y el demandante el día 29 de abril de 1993, pero fue terminado sin justa causa, el 05 de junio de 2013, por lo cual, la indemnización por terminación unilateral sin justa causa, debe tomar como base el salario

real de \$2'250.000mcte mensual y además los días a indemnizar son 412.05 y no 409,11 como lo ordenó el a quo.

Consideró que se cometió el atropello al condenarlo solidariamente y a su esposa por el despido, sin tenerse en cuenta que era un simple trabajador y él mismo no se podía despedir como sí lo hizo la empresa TRANSTONCHALA S.A. y quién además en múltiples ocasiones lo sancionó disciplinariamente y le hizo descargos en proceso disciplinario como se puede observar en los memorandos folios 21 al 24, lo que ratifica que el único empleador fue TRANSTONCHALÁ S.A.

Solicitó además que se condene a TRANSTONCHALÁ al pago de la sanción moratoria art. 65 cst, porque a la terminación del contrato dejó de cancelarle las prestaciones sociales (cesantías, intereses de cesantías, primas) por el salario real que devengaba, y además deberá cancelarle intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, sobre los salarios y prestaciones sociales dejados de cancelar, a partir del mes 25 hasta el día en que se verifique el pago de la obligación.

Pretendió igualmente que se condene a TRANSTONCHALÁ al pago de la diferencia salarial de las vacaciones tomando como base el salario real percibido en el 2013 por \$2'250.000 mcte mensual, al pago de la caja de compensación familiar, de acuerdo al salario real percibido en el 2013 por \$2'250.000 mcte mensual, de la sanción consagrada en el artículo 99 ley 50 de 1990 por no consignar cesantías por el salario real que percibía mi mandante en el año 2013 por valor de \$2'250.000 mcte mensual, y de la sanción consagrada en el artículo 99 ley 50 de 1990 por no consignar intereses de cesantías a tiempo.

PARTE DEMANDADA. Preciso la parte que se probó que el señor demandante CARLOS ALBERTO CHACON RIVERA, era su propio jefe, toda vez que era este, junto con su esposa, los propietarios de la buseta la cual tuvo afiliada a la EMPRESA TRANSTONCHALA, razón por la cual no tenían que entregar cuentas a nadie sobre el pago de los producidos diarios del vehículo automotor afiliado a la EMPRESA TRANSTONCHALA S.A., pues al ser ellos los propietarios del vehículo, así como sus propios jefes no cabe justificación alguna respecto de los hechos y pretensiones solicitados en la demanda.

Alegó que la razón para la terminación del contrato fue la entrada en vigencia del proceso de chatarrización del vehículo, lo cual deviene de un fundamento legal y reglamentario, allegado con la contestación de la demanda, es decir, el despacho obvió el ordenamiento jurídico al pasar por alto las reglamentaciones jurídicas que para el caso devienen del Ministerio de Transporte, conllevando el actuar del despacho a un acto reprochable y carente de objetividad y lógica judicial.

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 los recursos de alzada en virtud del numeral 3 del artículo 65 CPTYSS, 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.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en los recursos de apelación, **los problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala se reducen a determinar si el actor trabajó en el horario y devengando el salario que alega la parte demandante, y por tanto tiene derecho al pago de las horas extras, nocturnas y festivas que solicita, así como a la reliquidación salarial pretendida, con incidencia en los pagos realizados al sistema de seguridad social en pensión.

Igualmente se deberá analizar si es procedente la indemnización por despido injusto impuesta a la pasiva por el A quo, así como la condena en solidaridad en el pago de la misma y de las costas del proceso, en cabeza del actor.

Con respecto a la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones del actor, de los aportes a la Caja de Compensación Familiar teniendo en cuenta el salario aquí alegado, así como a la indemnización del artículo 65 CST y a la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se debe decir que estas pretensiones no fueron incluidas en el libelo demandatorio, por lo que, esta Sala no podrá analizar su procedencia, en virtud del principio de congruencia, no siendo permitido en esta instancia imponer un fallo extrapetita.

No se discute en esta Sala la existencia de un contrato de trabajo entre el señor CARLOS ALBERTO CHACÓN RIVERA y la empresa TRANSTONCHALÁ., desde el 29 de abril de 1993 y hasta el 13 de abril de 2013; sin embargo, divergen las partes en el horario cumplido por el demandante, en el salario por él devengado y en las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo, procediendo la Sala al estudio de dichos tópicos.

HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS

Alega el actor que la labor ejecutada se realizó cumpliendo un horario de trabajo de lunes a sábado de 5:00 am a 9:00 pm, los días domingo de 6:00 am a 12: 00 y los festivos de 6:00 am a 8:00 pm, y por tanto, es acreedor de las horas extras, dominicales y festivas que se causaron al exceder la jornada máxima legal.

En punto a esto, se tiene que el artículo 161 del CST limita la jornada laboral a un máximo de ocho (8) horas diarias y cuarenta y ocho (48) horas

semanales, por lo que se considera como suplementario todo trabajo que se realice en superando esta determinación, estableciendo, el artículo 168 de dicha obra, una remuneración específica para el mismo.

Con respecto a la prueba de este trabajo suplementario, con el fin de que el juez de conocimiento acceda a su pago, la parte demandante tiene en su cabeza la carga de aportar al plenario elementos materiales que evidencien, sin un asomo de duda, y de forma clara, completa y precisa, que las mismas fueron efectivamente laboradas, debiendo cumplir dicha carga de manera tal, que la única labor del operador jurídico, sea la de fijar el valor de las horas extras, dominicales o festivas que alega el trabajador haber ejercido su actividad.

Al respecto, la H. CSJ en su Sala de Casación Laboral, se manifestó en su sentencia SL2164 de 2020, de la siguiente manera:

De tal manera que en ningún error incurrió el juez de apelaciones, porque, se tiene dicho en forma reiterada que la prueba que eventualmente da derecho al respectivo pago del recargo por horas suplementarias, es aquella que ofrezca verdadera certeza de estas, motivo por el cual,

[...] para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria, han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no quede duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que la prueba sobre la que recae, tiene que ser de una definitiva claridad y precisión, que no le permita al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que se estimen trabajadas. (CSJ SL38382, 25 may. 2010).

En el caso puntual, con relación a la jornada laboral del trabajador, se tiene que la señora Margarita Hellin Becerra de Rincón, quien fuera propietaria inicial del vehículo conducido por el demandante, indicó en su contestación de la demanda, que el horario impuesto al señor Chacón Rivera nunca superó el establecido en la legislación laboral y de transporte público, conforme a las rutas asignadas a la empresa.

Se tiene igualmente que en el expediente no consta prueba alguna que demuestre que el demandante efectivamente prestó sus servicios en el horario que alega en la demanda, ni que se dio en la relación existente, un trabajo adicional a la jornada máxima legal; además, en los testimonios recaudados por solicitud de la demandada, a los señores Harold Daniel Martínez Arias y José Leonardo Sánchez se indicó que en la empresa asignan turnos, son flexibles, y no exigen horarios; que hay conductores que llegan al medio día y la empresa no cuestiona nada ya que tienen suficientes carros para abastecer la demanda; que la responsabilidad es con el propietario de cada vehículo ya que le exige al conductor que le entre el producido diario; que el conductor puede repartir las horas de trabajo como mejor le parezca, llegando tarde o temprano.

Así las cosas, considera la Sala que no se probaron, tal como lo ha exigido la jurisprudencia, las horas extras, dominicales y festivas que fueron laboradas por el demandante, según lo alega en su demanda, no siendo procedente la condena a su pago, debiéndose CONFIRMAR en este sentido la sentencia apelada.

SALARIO DEVENGADO POR EL ACTOR

Con respecto al monto del salario, alega la parte demandante que la empresa demandada le realizó las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión con una base de un salario mínimo legal mensual vigente, cuando en realidad, su salario mensual era mayor, así:

- Años 1993 a 1997: \$550.000.
- 1998 a 2002: \$700.000
- 2003 a 2006: \$900.000
- 2007 a 2011: \$2.100.000
- 2012 y 2013: \$2.250.000

El juez A quo no accedió a lo solicitado, al considerar que no se evidenció en el proceso el monto alegado por el actor como salario devengado, frente a lo cual dicha parte manifestó que la única forma de probar el salario real devengado es a través de su declaración de parte y los testimonios, ya que no existe un comprobante de pago en el que se hubiera plasmado que la empresa le cancelaba al actor la suma de dinero que realmente ganaba.

Revisando entonces el haz probatorio allegado al plenario, se tiene que el señor ALIRIO BARRERA CARRILLO, conductor de vehículo de transporte público en diferentes empresas, dentro de las cuales se encuentra TRANSTONCHALÁ, indicó en su testimonio que ellos ganaban más del mínimo; que en promedio el “producido” diario era de \$60.000 a \$65.000, suma que era su salario, pero la empresa le hacía firmar una nómina por un salario mínimo mensual; que había días en que quedaba menos dinero, pero era muy raro.

Contrario a lo alegado por el demandante, la documental aportada al expediente da cuenta de que el señor CHACÓN RIVIERA devengaba un salario mínimo mensual vigente en cada anualidad, lo que es demostrado por las certificaciones vistas a folios 134 y 136, así como la liquidación definitiva de prestaciones sociales y vacaciones vista a folios 257, y al ser el testimonio del señor Barrera Carrillo, el único material probatorio que indique que el salario recibido era mayor de un mínimo, no es posible para esta Sala acceder a la reliquidación peticionada, dado que dicho testimonio es impreciso, habla de rangos de montos de dinero, los cuales variaban según el número diario de pasajeros que se transportaban y se refiere únicamente a su experiencia personal, incluso dentro de otras empresas, sin tener conocimiento, de una manera certera, de lo recibido por el demandante como contraprestación a su labor.

Así las cosas, no queda otro camino a la Sala que CONFIRMAR lo decidido por el Juez A quo en el sentido de absolver a TRANSTONCHALÁ de las pretensiones incoadas en su contra relacionadas con la reliquidación del monto de los aportes en seguridad social en pensión.

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Condenó el Juez A quo a la pasiva al pago de la indemnización por despido sin justa causa, al considerar que la causales que se alegaron en la misiva que dio por finalizado el vínculo, no configuran una justa causa, en el entendido que la primera de ellas, esto es, la finalización de la vida útil del vehículo, no se encuentra listada en el artículo 62 del CST; y la segunda causal, referente a los diversos llamados de atención realizados al actor, hace referencias a situaciones que surgieron con mucha antelación con respecto a la fecha de la terminación acaecida.

La parte demandada rebatió este último argumento en su apelación, precisando que, si se revisan los folios 254 y 255 del expediente, se observa que las situaciones que dieron origen a dicha terminación, no distan de la época en que en efecto se finalizó el vínculo, pues la falta al reglamento interno del trabajo está contemplada por la norma laboral como justa causa conforme lo señalado por el numeral sexto artículo 62 del código sustantivo de trabajo.

Revisando entonces la comunicación de fecha 5 de junio de 2013 a través de la cual la empresa TRANSTONCHALÁ dio por finalizado el contrato de trabajo existente con el señor CHACÓN RIVIERA, la cual se aportó a folio 19, se lee lo siguiente:

“En condición de gerente y representante legal de la empresa, teniendo en cuenta que las causas que le dieron origen y la materia del trabajo de su contrato de trabajo suscrito el 21 de diciembre de 2000 a terminó (sic) indefinido con la propietaria del vehículo MARGARTIA HELLIN BECERRA DE LEÓN, el cual surtió una sustitución patronal en su persona y de la señora ANA VEGA CARVAJAL al adquirir el vehículo, dejaron de existir desde el 13 de abril de 2013, el Subdirector De Transporte Público y Valorización Del Área Metropolitana de Cúcuta retira de la base de datos del radio de acción Metropolitano el vehículo para el cual fue contratado como conductor, con placas SYV-679 y NI 318, anulándose la tarjeta de operación con vigencia hasta el 13 de abril de 2013; me permito manifestarle que por las razones expuestas dicho contrato de trabajo ha perdido vigencia.

Por consiguiente, considerando que, desde el 11 de septiembre de 2012 y durante la vigencia de su contrato, usted no ha realizado las rutas autorizadas por las autoridades del ramo de transporte público para nuestra empresa, toda vez que evade los controles y despachos que de

manera particular se encuentran instruidos para ellos por la misma, y en consecuencia alterando el recorrido autorizado sin adquirir como propietario las respectivas planillas diarias, ha configurado justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo a partir del 13 de abril de 2013, fecha hasta la cual tuvo vigencia el mismo”.

De lo anterior, es claro para la Sala que si bien el empleador se refiere inicialmente a que las causas que dieron origen a su contrato de trabajo fenecieron el día 13 de abril de 2013, por cuanto su vehículo fue retirado de la base de datos, a renglón seguido alega que las causas por las cuales se da por terminado dicho vínculo, fueron producidas por el hecho de no realizar las rutas autorizadas, desde el 11 de septiembre de 2012, lo cual reitera en su recurso de apelación, cuando precisa que las situaciones que dieron origen a dicha terminación no distan de la época en que en efecto se finalizó.

Teniendo esto claro, es procedente revisar los lineamientos dados por la H. Corte Suprema de Justicia en cuanto a la protección al derecho del defensa del trabajador frente a un despido en el que se alega una justa causa; dicha Corporación en su más reciente sentencia con Radicado SL2351-2020 indicó lo siguiente:

Como lo dijo esta Sala en la sentencia SL15245 de 2014, lo antes expuesto no significa que el empleador no tiene límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues, de vieja data, esta Corte ha venido reconociendo garantías del «*derecho de defensa*» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral. Estas garantías se pueden resumir así:

- a) La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos¹.
- b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.
- c) Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo;
- d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.
- e) La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, sobre lo que esta Corte precisó lo siguiente en la misma sentencia SL-15245 de 2014:

¹ El Parágrafo del artículo 62 del CST que contiene la carga de la comunicación de la causal al momento de la decisión de terminar el contrato, por cualquiera de las partes, fue declarado exequible mediante sentencia CC C-594 de 1997.

No basta con que la empresa no haya citado al trabajador a descargos, para decir que se le ha vulnerado el derecho de defensa, si en la forma como ocurrieron los hechos, no cabe duda de que estos han sido de pleno conocimiento del trabajador con las previsibles consecuencias que le podían acarrear respecto de la continuidad del contrato laboral, por su directa participación en el ejercicio de sus funciones, y el trabajador no ha asumido su deber de lealtad de avisar de inmediato al empleador o a sus representantes lo sucedido (según lo visto en el estudio del primer cargo, la actora confesó que le había avisado al gerente dos días después de lo sucedido, porque no le había sido posible encontrarlo antes), y de dar su propia versión de los hechos, pero que el empleador, con la inmediatez requerida y prudente, sí le comunica en la carta de despido los mismos hechos que ya eran conocidos por la trabajadora, como motivo de su decisión de terminar el contrato de trabajo.

De lo anterior es posible concluir que uno de los requisitos para que se determine que un despido se dio con justa causa, es la inmediatez; es decir que entre el momento de ocurrencia de los hechos que motivan su decisión, o de que tiene conocimiento de los mismos, y la comunicación al trabajador de dicha decisión, debe transcurrir “plazo proporcional y razonable” (CSJ SL2757-2020), o de lo contrario, se entenderá que los mismos fueron exculpadados.

En este caso, surge patente que este requisito no fue observado por TRANSTONCHALÁ, ya que la comunicación enviada al trabajador y que fue citada previamente, data del 5 de junio de 2013, fecha en la que le informaron que su contrato con la empresa terminó a partir del 13 de abril de 2013, habiendo sido fundamentada tal decisión en los hechos ocurridos “desde el 11 de septiembre de 2012 y durante la vigencia de su contrato”; y es además de que dicha afirmación se realizó de manera vaga y general, sin haber hecho referencia a un hecho específico ocurrido en un momento cierto, la fecha alegada, es decir 11 de septiembre de 2012, corresponde a 7 meses anteriores a la fecha de finalización del vínculo, término que a juicio de la Sala, excede con creces lo que podría considerarse como un término razonable en estos casos para imputar la falta cometida.

Con relación al argumento presentado por la demandada en sus alegaciones respecto de que la razón de la terminación del contrato de trabajo fue la entrada en vigencia del proceso de chatarrización del vehículo conducido por el actor, debe decir esta Sala, que esta no es una causal que se encuentre incluía en el artículo 62 como una justa causa para despedir, siendo que si el vehículo conducido no podía movilizarse por el área metropolitana correspondiente y por tanto la empresa prescindiría de los servicios del actor, debía cancelar la indemnización despido injusto.

Además, debe decirse que de las fechas que se presentan en la carta de terminación de contrato previamente transcrita, es evidente que la comunicación fue enviada en una data posterior (05 de junio de 2013) a la que se indica que se terminó el contrato de trabajo (13 de abril de 2013), por lo que incluso si las causales se hubieran configurado, dicha comunicación

no cumple con el primer requisito establecido por la HCSJ para que se garantice el derecho a la defensa del trabajador, en tanto no se dio “la necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato”; y a habersele informado el despido de manera posterior, no tuvo oportunidad el actor de controvertir dicha decisión, demostrando todo esto el incorrecto proceder de la pasiva.

En virtud de lo anterior, es claro para esta Sala que le asistió razón al juez a quo en cuanto declaró que el despido ocurrido lo fue sin justa causa, y en consecuencia condenó a la pasiva al pago de la indemnización correspondiente, debiéndose CONFIRMAR esta decisión.

Con respecto a la manifestación realizada por la parte demandante en sus alegatos de conclusión presentados en esta instancia, respecto del número de días incluidos por el A quo en la liquidación de la indemnización, es claro que no es procedente revisar este tema, ya que el monto de dicha indemnización no fue objeto de reparo por la parte interesada en su recurso de apelación con relación a la cantidad de días sino únicamente respecto del efecto que tendría la declaratoria del salario devengado por el actor, y en virtud del principio de consonancia consagrado en el artículo 65 CST, esta Sala se encuentra limitada al estudio de las materias objeto de dicho recurso.

CONDENA EN SOLIDARIDAD

Solicita el demandante que se revoquen las condenas a él impuestas en solidaridad por el A quo, dado que alega que era un simple trabajador y la empresa TRANSTONCHALÁ era su empleadora.

Al respecto, es menester aclarar que el artículo 36 de la Ley 336 de 1996, así como el artículo 15 de la Ley 15 de 1959 establecen claramente la solidaridad en el pago de las obligaciones e indemnizaciones laborales, entre la empresa operadora de transporte y los propietarios de los vehículos, por lo que al haberse probado en el proceso que el demandante y su cónyuge, la señora ANA VEGA eran propietarios del vehículo por aquel conducido, y al habersele vinculado debidamente como litisconsorcio necesario, la condena en solidaridad impuesta, es procedente, debiéndose CONFIRMAR la misma.

En efecto, a juicio de la Sala, nada obsta para que el demandante funja al mismo tiempo como propietario de un vehículo de la empresa demandada y trabajador de la compañía como conductor del vehículo de su propiedad, sin embargo, estas calidades en modo alguno lo relevan de las obligaciones legales impuestas al propietario del equipo destinado al servicio público, entre ellas el pago solidario de las obligaciones laborales derivadas de la explotación de dicho medio de transporte.

Así lo señala la aludida normatividad, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 36 Ley 36 de 1996. *Los conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la*

*empresa operadora de transporte, **quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo.***

Por último, con relación a la condena en costas impuesta a la demandada y frente a la cual expresó su reparo, debe indicarse que la misma es procedente a las luces del artículo 365 del CGP, por cuanto fue vencida en juicio, debiéndose CONFIRMAR igualmente dicha determinación.

Sin costas en esta instancia ante la improcedencia de los recursos impetrados.

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de agosto de 2018.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de junio de Dos Mil Veintidós (2022)

PROCESO:	EJECUTIVO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2017-00121-00
RADICADO INTERNO:	19.603
DEMANDANTE:	PEDRO ANTONIO ACEVEDO PARADA
DEMANDADO:	COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor PEDRO ANTONIO ACEVEDO PARADA contra COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2017-00121-00, y Radicación interna N° **19.603** de este Tribunal Superior para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia del 13 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

El señor PEDRO ANTONIO ACEVEDO PARADA interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES para que se ordene el reconocimiento y pago de pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2004 con el reajuste de ley anual, sobre una mesada pensional inicial de \$953.557 para 2003, cancelando las diferencias retroactivas a que haya lugar, con intereses moratorios acorde a la Ley 100 de 1993.

Expone como fundamentos de hecho los siguientes:

- Que el 24 de julio de 2004 el I.S.S. mediante Resolución No. 00600 de 2004 reconoció pensión de vejez a partir del 1 de agosto de 2004.

- Que cumplió requisitos a partir del 15 de noviembre de 2002 de más de 1000 semanas cotizadas y 60 años de edad, pero tuvo que iniciar proceso ordinario laboral para que se reconociera su pensión y obtuvo sentencia favorable por parte del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta que reconoció pensión de vejez a partir del 1 de abril de 2003 hasta el 31 de julio de 2004.

- Que en sentencia del 25 de enero de 2011 el Tribunal Superior de Cúcuta ordenó pagar las mesadas pensionales entre el 1 de abril de 2003 hasta el 31 de julio de 2004, por mesada de \$953.557 sin reajuste para 2004 y subsiguientes años; por lo que mediante proceso ejecutivo se le canceló dicha mesada sin aplicar el reajuste correspondiente a cada año de 2004 a la fecha.

- Que a partir del 1 de enero de 2004 el I.S.S. no realizó el reajuste de ley y así sucesivamente hasta la fecha, aplicándolo sobre el valor de la mesada correspondiente a 2003.

La demandada COLPENSIONES contestó a los hechos aceptando el reconocimiento de pensión de vejez pero indicando que cumplió requisitos a partir del 1 de agosto de 2004, indicando que no le constan los hechos sobre demanda del Juzgado Cuarto por no constar documentos al respecto en la entidad, advirtiendo que según las certificaciones de nómina sí se adelantó el correspondiente reajusta conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y advierte que de existir una diferencia u omisión respecto del fallo expedido el 25 de enero de 2011 por el Tribunal Superior de Cúcuta en radicado 2008-307 debe proponerse el proceso ejecutivo respectivo. Por lo anterior, se opone a las pretensiones por improcedentes y haber cumplido los reajustes pensionales correspondientes, proponiendo como excepciones INEPTA DEMANDA, PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE TÍTULO Y CAUSA y GENÉRICA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

Mediante auto del 21 de septiembre de 2021 proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta se resolvió:

PRIMERO. - Negar la existencia de diferencias pensionales a favor del actor y a cargo de la pasiva correspondientes a las fechas 1 junio de 2003 al 31 julio de 2004, teniendo en cuenta que son materia de cobro a través de actuación judicial, folios 95 a 98. todo conforme a lo considerado.

SEGUNDO. -Declarar que COLPENSIONES S.A., está obligada a pagar las diferencias de cada una de las mesadas pensionales a favor del actor causadas a partir del 1 agosto de 2004 y las que se sigan causando salvo las que resulten prescritas, todo conforme a lo considerado.

Se ordena aplicar el IPC acumulado al valor de la pensión definida en resolución No 000600 de 24 de julio de 2004 por \$ 953.557 más el IPC acumulado a diciembre de 2003 para obtener el valor de la pensión para el año 2004 en \$1.015.442,84 y así en lo sucesivo artículo 14 ley 100 de 1993, resultando una diferencia pensional mes a mes la que se ordena indexar a la fecha de su pago efectivo, como se dijo en las consideraciones.

TERCERO. - Declarar probada la excepción de mérito de prescripción, respecto de las diferencias pensionales debidas por Colpensiones S.A., y a favor del actor, causadas con anterioridad al 18-08-2013, según lo considerado.

CUARTO. -Declarar no probadas las demás excepciones de mérito propuestas, de acuerdo al sentido de la decisión hay decisión ínsita al respecto.

QUINTO. - Negar por improcedente la pretensión sobre intereses moratorios artículo 141 ley 100 de 1993.

SEXTO. - Ordenar que las diferencias pensionales debidas por COLPENSIONES al actor y no afectadas por el fenómeno prescriptivo, las causadas del 18-08-2013 y ss, serán indexadas mes a mes, desde su causación y hasta la fecha de su pago efectivo por la pasiva.

SÉPTIMO. - Condenar en costas parcialmente a COLPENSIONES S.A

2.2. Fundamento de la Decisión.

La jueza a quo, fundamenta la decisión de primera instancia en lo siguiente:

- Que el litigio se enfoca a precisar si efectivamente para el año 2004 que debía hacerse el primer incremento de reajuste se hizo y si esto afecta sucesivamente el valor de la mesada pensional, si hay lugar a diferencia a favor del actor e intereses moratorios; por lo cual se declararon diferentes pruebas

de oficio para aclarar los valores cancelados, la existencia de fallos judiciales anteriores.

- Advierte, que son hechos demostrados el reconocimiento de la pensión a favor del actor con mesada inicial de \$953.557 desde el 1 de agosto de 2004, que acorde a los fallos judiciales previos hubo reconocimiento pensional desde el 1 de julio de 2003 al 31 de julio de 2004 sin discusión de la mesada.

- Aclara, que el derecho pensional quedó definido en la Resolución No. 600 de 2004, donde se definió el tema pensional del actor por \$953.557 a partir del 1 de agosto de 2004, centrándose la disputa en que el actor reclamaba el reconocimiento desde fecha anterior y acudió a la justicia ordinaria, que profirió sentencia en primera y segunda instancia declarando que la pensión iniciaba el 1 de julio de 2003, ordenando el retroactivo entre esa fecha al 31 de julio de 2004. Destacando que en dicha Litis no se modificó el valor de la mesada, fijándola en \$953.557 para 2003 y en este pleito se reclama la indexación o reajuste de 2003 a 2004, existiendo ejecutivo en la anterior oportunidad para reclamar ese retroactivo.

- Partiendo así de la idea de que se movió la fecha de causación a 1 de julio de 2003 pero sin alterar el valor de la mesada pensional fijada en \$953.557, reclamando entonces el demandante que este valor fijado para 2003 debía alterar en efecto dominó los años siguientes y causando una diferencia cuya condena se persigue en este proceso; advirtiendo que en el proceso anterior no se debatió sobre el monto de la mesada pensional, solo la fecha de exigibilidad y la condena fue sobre el retroactivo entre julio de 2003 y julio de 2004, por lo que el valor de la mesada liquidada inicialmente para el 1 de agosto de 2004 se trasladó al 1 de julio de 2003, sin que se adecuara el valor de las mesadas subsiguientes.

- Resalta, que también se solicitó como prueba la liquidación ejecutada en dicho proceso anterior, donde se establece la mesada de 2003 en \$953.657 y fija la de 2004 en \$1.015.549, que es ligeramente superior al IPC que correspondía, pues debía ser \$1.015.442,84 y este debe ser entonces la referencia para los reajustes anuales siguientes. Acorde a la prueba aportada por COLPENSIONES, este acepta que la mesada cancelada para 2004 fue de \$953.657, evidenciando que sí se abstuvo de reajustar la diferencia como consecuencia del cambio en la fecha de causación.

- Conforme a lo reconocido entonces en proceso anterior, las mesadas causadas y reajustadas entre julio de 2003 y julio de 2004 son objeto de cobro en el proceso ejecutivo a continuación de ordinario rad. 2009-0018; pero partiendo del valor de mesada que debía reajustarse para 2004, la mesada de 2005 debió ascender a \$1.071.291 y el I.S.S pagó \$1.006.003, existiendo así una diferencia de \$65.288, igualmente para 2006 entonces la pensión debía ser de \$1.123.248 pero se pagó \$1.054.794 para una diferencia de \$68.454, para 2007 debía ser de \$1.173.569 mientras se le pagó \$1.102.049 para una diferencia de \$71.520, para 2008 debía ser de \$1.240.345 pero se pagó \$1.164.756 para una diferencia de \$75.589, para 2009 debía ser de \$1.335.479 pero se pagó \$1.254.093 para una diferencia de \$81.386, para 2010 debía ser de \$1.362.188 pero se pagó \$1.279.175 para una diferencia de \$83.013, para 2011 debía ser de \$1.405.369 pero se pagó \$1.319.725 para una diferencia de \$85.644, para 2012 debía ser de \$1.457.789 pero se pagó \$1.368.951 para déficit de \$88.838, para 2013 debía ser de \$1.493.359 pero se pagó \$1.402.353 para un déficit de \$92.006, para 2014 debía ser de \$1.522.330 pero se pagó \$1.429.559 para un déficit de \$92.771, para 2015 debía ser de \$1.578.047 pero se pagó \$1.481.881 para un déficit de \$96.166, para 2016 debía ser de \$1.684.880, para 2017 de \$1.781.760, para 2018 de \$1.854.633, para 2019 de \$1.913.610, para 2020 de \$1.986.327 y para 2021 de \$2.018.306, sin prueba del valor pagado concreto pero siguiendo la proyección es posible estimar las diferencias siguientes.

- Que no hay lugar a intereses de mora por cuanto el pago pensional se está dando pero existe solo una controversia sobre la liquidación, por lo que se ordena la indexación de los valores reconocidos. Existiendo prescripción desde los 3 años anteriores a la reclamación del 18 de agosto de 2016, quedando extintas las diferencias previas al 18 de agosto de 2013

3. RECURSO DE APELACIÓN

3.1 De la parte demandada

La parte demandada presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión, con fundamento en lo siguiente:

- Que se deben revocar las condenas en contra pues COLPENSIONES reconoció el derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, se ha venido reajustando año a año acorde al IPC y se certificaron los valores anuales de nómina que lo evidencian. Señalando que el reconocimiento pensional fue ajustado a derecho conforme el IBL y la tasa de reemplazo, por lo que debe revisarse lo ordenado en esta providencia.

4. ALEGATOS

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

•PARTE DEMANDANTE:

El apoderado de la parte demandante no presentó alegatos.

•PARTE DEMANDADA:

La apoderada de COLPENSIONES, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva de las pretensiones, advirtiendo que jurídicamente se entiende que la indexación nació a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991 y se empezó aplicar en la práctica a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 mediante la incorporación de los artículo 14 y 21, por ende, se desprende que la solicitud de ésta figura sólo procede respecto a las prestaciones reconocidas dentro del rango comprendido entre el 4 de Julio de 1991. Afirma que la entidad dio cumplimiento al reconocimiento pensional acorde a lo ordenado en las decisiones judiciales previas, reajustando año a año el IPC y consignando en nómina los valores correspondientes.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo expuesto, la Sala identifica como problemas jurídicos a resolver:

¿Se encuentra acreditada la existencia de cosa juzgada en virtud de decisiones judiciales proferidas en proceso ordinario laboral radicado 54001310500420090001800?

¿Si el demandante PEDRO ANTONIO ACEVEDO PARADA tiene derecho a que COLPENSIONES le reliquide el valor de su mesada pensional a partir del 1 de agosto de 2004 por el reajuste omitido del IPC del año 2003?

7. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de Decisión, determinar si asiste razón a la parte demandante PEDRO ANTONIO ACEVEDO PARADA al reclamar que COLPENSIONES le debe reliquidar y pagar el retroactivo por las diferencias pensionales a que haya lugar, como consecuencia de haber omitido reajustarle adecuadamente el valor anual por IPC entre el año 2003 y 2004, como consecuencia de la alteración de su fecha de causación por orden judicial en proceso anterior.

Sobre esta pretensión, la jueza de instancia resolvió acceder a las pretensiones, advirtiendo, que no existía cosa juzgada pues en el anterior proceso, no hubo pronunciamiento alguno sobre el valor de la mesada pensional y que se advierte cómo efectivamente COLPENSIONES mantuvo el valor reconocido para el año 2004 para el año 2003 y no la reajustó conforme al IPC, por lo que se afecta desde entonces, las mesadas sucesivas. Decisión a la que se opone la demandada en su apelación, por estimar que ha actuado conforme a derecho, reconoció la pensión con el IBL adecuado y ha reajustado debidamente el valor de la mesada del actor.

Sobre las actuaciones surtidas entre el demandante y Colpensiones se tiene por demostrado:

- Que mediante Resolución No. 00600 de 2004, el I.S.S. reconoce pensión de vejez al señor PEDRO ANTONIO ACEVEDO PARADA a partir del 1 de agosto de 2004 con IBL de \$1.059.508 y en mesada de \$953.557 (90% de tasa de reemplazo).
- Que el señor ACEVEDO PARADA interpuso proceso ordinario laboral que conoció el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta con Radicado 2009-0018, para que se reconociera la pensión a partir de noviembre 15 de 2002 o el 1 de abril de 2003 y se ordenara el pago del retroactivo anterior a agosto de 2004; por el cual se emitió sentencia de primera instancia el 28 de abril de 2010, ordenando el reconocimiento a partir del 1 de junio de 2003 y el retroactivo causado hasta el 31 de julio de 2004, reajustado y con intereses de mora por verificar que se radicó novedad de retiro en junio de 2003. Lo que fue confirmado en decisión de segunda instancia del 24 de mayo de 2011 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta.

Lo primero que abordará la Sala, necesariamente, es el fenómeno de la cosa juzgada, como quiera que se considera un aspecto importante, cuya consecuencia en caso de existir, limitaría el análisis de cualquier otra situación fáctica y jurídica.

En ese orden, sobre el particular, se aclara, que la cosa juzgada, solo puede predicarse sobre las decisiones contenidas en sentencias debidamente ejecutoriadas según los términos del 303 del C.G.P. que reza:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con

posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.”

Si bien no se propuso expresamente la cosa juzgada como medio exceptivo, el artículo 282 del C.G.P., aplicable por expresa remisión del artículo 145 del C.P.L., confiere al juez el deber de reconocer oficiosamente los hechos que constituyan una excepción cuando se hallaren probados, excepto en los casos de prescripción, compensación y nulidad relativa; por lo cual se abstendrá de examinar las restantes cuando se encuentre acreditada una excepción que conduzca a rechazar tanto las pretensiones del demandante como las demás excepciones de la parte demandada.

Sobre la excepción de cosa juzgada, la Sala de Casación Laboral en providencia SL5226 de 2017, recuerda sobre el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, actual 303 del Código General del Proceso, que “*prevé la existencia de la cosa juzgada bajo las reglas de las tres identidades, esto es que exista coincidencia de objeto, causa y sujetos; tal institución se funda en el principio del non bis in ídem, que se erige para darle fuerza vinculante a las determinaciones adoptadas por los juzgadores, bajo la certeza de que aquellas se vuelven definitivas e inmutables, y por tanto, los litigios no pueden reabrirse, pues de ser así se lesionaría gravemente el orden social y la seguridad jurídica, al no poderse concretar las situaciones de derecho*”.

De esta lectura se desprenden tres elementos: (i) **identidad de personas o sujetos**, (ii) **identidad de objeto o cosa pedida** y (iii) **identidad de causa para pedir**; de manera que al presentarse nuevamente dichos elementos dentro de una posterior proposición planteada ante los estrados judiciales, pone de presente la imposibilidad jurídica de efectuar pronunciamiento alguno, dado que ya se había decidido judicialmente. Institución se funda en el principio del non bis in ídem, que se erige para darle fuerza vinculante a las determinaciones adoptadas por los juzgadores, bajo la certeza de que aquellas se vuelven definitivas e inmutables y, por tanto, impide que los litigios se reabran, so pena de lesionar gravemente el orden social y la seguridad jurídica, al no poderse concretar las situaciones de derecho (SL2166 -2018).

Por lo que procede la Sala a verificar si los requisitos de triple identidad se satisfacen respecto del proceso ordinario laboral conocido previamente, para lo cual se evidencia la siguiente comparación:

	Proceso rad. 54001310500420090001800	Proceso rad. 54001310500420170012100
Partes	PEDRO ANTONIO ACEVEDO PARADA contra el Instituto de Seguros Sociales (hoy COLPENSIONES)	PEDRO ANTONIO ACEVEDO PARADA contra COLPENSIONES
Objeto	Que se reconozca pensión de vejez a partir del 15 de noviembre de 2002 o en su defecto desde el 1 de abril de 2003, para condenar al pago de mesadas impagadas, adicionales y los reajustes de ley causados hasta la fecha de reconocimiento, el 1 de agosto	Que se reconozca reajuste de pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2004 con el reajuste de ley anual, sobre una mesada pensional inicial de \$953.557 para 2003, cancelando las diferencias retroactivas a que haya lugar, con intereses moratorios acorde a la Ley 100 de 1993

	de 2004, con intereses moratorios.	
Causa	Expone que el 24 de julio de 2004 le reconocieron pensión de vejez a partir del 1 de agosto de 2004, pese a que había cumplido edad y semanas desde el 15 de noviembre de 2002, por lo que ya había adquirido su derecho cuando dejó de laborar el 1 de abril de 2003, y elevó su solicitud el 8 de abril, por lo que debió reconocérsele el retroactivo.	Manifiesta que el 24 de julio de 2004 el I.S.S. mediante resolución No. 00600 de 2004 reconoció pensión de vejez a partir del 1 de agosto de 2004 en cuantía mensual de \$953.557, pero tras proceso ordinario laboral se le ordenó el pago de retroactivo desde el 1 de junio de 2003 y pese a ello no hubo un reajuste del valor de su mesada para incrementar conforme al IPC al año 2004.

Encuentra la Sala que, aunque existe identidad de partes y parcialmente de causa, no se configura la de objeto por cuanto este proceso parte de un hecho posterior y no tratado en el anterior, que es el valor de la mesada pensional que debía corresponder como consecuencia de la modificación en la fecha de causación.

Aunque efectivamente el actor en el proceso previo intentó controvertir la acusación de su pensión de vejez, direccionó su pretensión específicamente al retroactivo generado entre noviembre de 2002 a julio de 2003, reclamando exclusivamente el valor causado entre esas fechas y el juez finalmente accedió a ordenar el pago de mesadas entre junio de 2003 y julio de 2003; respecto de lo cual, existe cosa juzgada pues la orden de pago incluyó el reajuste de ese valor y los intereses de mora. Pero, aunque debió haberse delimitado el valor concreto de la condena, incluyendo el de la mesada pensional, bajo el deber de los jueces de emitir condenas en concreto, esto se omitió y actualmente existe controversia sobre el valor de las mesadas como consecuencia de la modificación en la fecha de causación y al no haberse emitido un pronunciamiento judicial previo sobre este asunto, no existe cosa juzgada y por ello se confirmará el numeral primero de la providencia apelada.

Aclarado lo anterior, procede la Sala a establecer si efectivamente el demandante PEDRO ANTONIO ACEVEDO PARADA tiene derecho a que COLPENSIONES le reliquide el valor de su mesada pensional a partir del 1 de agosto de 2004 por el reajuste omitido del IPC del año 2003, como alega el actor.

Como se indicó, la inconformidad del actor se centra en que, como consecuencia del cambio en la fecha de causación del derecho pensional, debió haberse reliquidado su mesada para adoptar el valor inicialmente fijado en 2004 para el año 2003 y a partir de allí, usar esa suma para reajustar anualmente su mesada.

Para resolver este asunto, debe partirse del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que rige el reajuste solicitado, norma que dice:

“Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.”

Se observa entonces, que el actor accedió a pensión de vejez mediante Resolución No. 000600 de 2004, a partir del 1 de agosto de 2004 con IBL de \$1.059.508 y en mesada de \$953.557 (90% de tasa de reemplazo); posteriormente en orden judicial se dispuso modificar la fecha de causación al 1 de junio de 2003, sin determinar el valor del retroactivo o la forma de su liquidación.

Tampoco obra prueba alguna de que COLPENSIONES hubiera dado cumplimiento a este fallo, limitándose a aportar certificado de valores cancelados por nómina desde agosto de 2004 a diciembre de 2012, donde obra que el valor de la mesada inicial fue de \$953.557 por el cual reajustó anualmente conforme al I.P.C. de 2004 a 2005.

Dada la omisión en la determinación del valor de la mesada para el año 2003, la jueza aceptó lo alegado por el actor sobre que debía identificarse el valor de \$953.557 como mesada inicial de 2003 y por ende este debía ser el rubro a reajustar anualmente conforme al I.P.C. desde el 1 de enero de 2004, lo que generaría una diferencia a su favor por cada año subsecuente.

Advierte la Sala que esta interpretación es abiertamente equivocada, pues desconoce que al momento de liquidar el I.B.L. en la Resolución No. 000600 de 2004 se realizó la actualización con variación del IPC de cada salario promediado a la fecha de ese reconocimiento y, por ende, al variar la fecha de causación, necesariamente se varía el resultado de este promedio.

Al respecto, el artículo 21 de la ley 100 de 1993 establece que “*Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, **el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado** el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, **actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.** Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo*”.

Para este caso que se reconoció la pensión conforme al Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario el actor del régimen de transición, también debe tenerse en cuenta el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que dice:

*“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será **el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello**, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, **actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.**”*

Estas normas imponían entonces el deber a las partes de realizar nuevamente el cálculo del Índice Base de Liquidación para el 1 de junio de 2003, en aras de garantizar la actualización del promedio de salarios sobre los cuáles se cotizó a la fecha de causación del derecho y es con esta suma que debe identificarse la mesada inicial, con sus posteriores reajustes.

Por lo anterior, los cálculos realizados por el actor y la jueza de instancia, carecen de respaldo normativo, y en aras de determinar si realmente existe una diferencia a favor del actor que deba ser reconocida, la Sala procederá a establecer el cálculo adecuado siguiente el artículo 21 de la Ley 100 de 1993

Aunque este argumento no fue invocado en la demanda, en reiterada jurisprudencia se ha establecido que “[...] la calificación jurídica de los hechos aducidos en el juicio no le corresponde a las partes sino al juez, quien en el desarrollo de dicha labor no se encuentra atado por los soportes normativos que se consignan en la demanda o en su contestación, de forma tal que puede determinar qué normas gobiernan la situación y cuál es su alcance, siempre y cuando las premisas fácticas sobre las cuales se fijaron los extremos de la litis, como en este caso, permanezcan inalteradas”, de manera que el juez en aplicación del principio “*iura novit curia*” puede calificar las normas para aplicar la adecuada pero sin desbordar las premisas de hecho expuestas por las partes, como se hace en este caso donde se advierte que se reclama el reajuste de la mesada inicial y sus reajustes.

Aplicando entonces la norma correcta, la liquidación para determinar el valor de la mesada inicial es la siguiente:

LIQUIDACIÓN DEL IBL PENSIONAL PROMEDIO ÚLTIMOS AÑOS										*AÑO	*Mes	
PERIODOS DE COTIZACIÓN						FECHA DONDE SE HIZO LA ÚLTIMA COTIZACIÓN :				2003	04	PROMEDIO SALARIAL: (Ingreso actualizado multiplicado por el número de días de ese ingreso, dividido por el número total de todos los días)
DESDE			HASTA			# Días	INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (IBC, mensual del periodo)	IPC FINAL	IPC INICIAL	INGRESO MENSUAL ACTUALIZADO Ó INDEXADO		
Año	Mes	Día	Año	Mes	Día							
1994	8	16	1994	8	30	15	\$258.154,00	49,83	14,93	\$ 861.608,43	\$4.162,36	
1994	9	1	1994	9	30	30	\$258.154,00	49,83	14,93	\$ 861.608,43	\$8.324,72	
1994	10	1	1994	10	30	30	\$258.154,00	49,83	14,93	\$ 861.608,43	\$8.324,72	
1994	11	1	1994	11	30	30	\$258.154,00	49,83	14,93	\$ 861.608,43	\$8.324,72	
1994	12	1	1994	12	30	30	\$258.154,00	49,83	14,93	\$ 861.608,43	\$8.324,72	
1995	1	1	1995	1	30	30	\$331.936,00	49,83	18,29	\$ 904.339,58	\$8.737,58	
1995	2	1	1995	2	30	30	\$331.936,00	49,83	18,29	\$ 904.339,58	\$8.737,58	
1995	3	1	1995	3	30	30	\$331.936,00	49,83	18,29	\$ 904.339,58	\$8.737,58	
1995	4	1	1995	4	30	30	\$331.936,00	49,83	18,29	\$ 904.339,58	\$8.737,58	
1995	5	1	1995	5	30	30	\$331.936,00	49,83	18,29	\$ 904.339,58	\$8.737,58	
1995	6	1	1995	6	30	30	\$331.936,00	49,83	18,29	\$ 904.339,58	\$8.737,58	
1995	7	1	1995	7	30	30	\$331.936,00	49,83	18,29	\$ 904.339,58	\$8.737,58	
1995	8	1	1995	8	30	30	\$331.936,00	49,83	18,29	\$ 904.339,58	\$8.737,58	
1995	9	1	1995	9	30	30	\$331.936,00	49,83	18,29	\$ 904.339,58	\$8.737,58	
1995	10	1	1995	10	30	30	\$331.936,00	49,83	18,29	\$ 904.339,58	\$8.737,58	
1995	11	1	1995	11	30	30	\$331.936,00	49,83	18,29	\$ 904.339,58	\$8.737,58	
1995	12	1	1995	12	30	30	\$331.936,00	49,83	18,29	\$ 904.339,58	\$8.737,58	
1996	1	1	1996	1	30	30	\$408.384,00	49,83	21,83	\$ 932.193,07	\$9.006,70	
1996	2	1	1996	2	30	30	\$408.384,00	49,83	21,83	\$ 932.193,07	\$9.006,70	
1996	3	1	1996	3	30	30	\$408.384,00	49,83	21,83	\$ 932.193,07	\$9.006,70	

1996	4	1	1996	4	30	30	\$408.384,00	49,83	21,83	\$ 932.193,07	\$9.006,70
1996	5	1	1996	5	30	30	\$408.384,00	49,83	21,83	\$ 932.193,07	\$9.006,70
1996	6	1	1996	6	30	30	\$408.384,00	49,83	21,83	\$ 932.193,07	\$9.006,70
1996	7	1	1996	7	30	30	\$532.601,00	49,83	21,83	\$ 1.215.735,59	\$11.746,24
1996	8	1	1996	8	30	30	\$533.452,00	49,83	21,83	\$ 1.217.678,11	\$11.765,01
1996	9	1	1996	9	30	30	\$408.384,00	49,83	21,83	\$ 932.193,07	\$9.006,70
1996	10	1	1996	10	30	30	\$497.293,00	49,83	21,83	\$ 1.135.140,18	\$10.967,54
1996	11	1	1996	11	30	30	\$408.384,00	49,83	21,83	\$ 932.193,07	\$9.006,70
1996	12	1	1996	12	30	30	\$514.521,00	49,83	21,83	\$ 1.174.465,48	\$11.347,49
1997	1	1	1997	1	30	30	\$482.484,00	49,83	26,55	\$ 905.543,42	\$8.749,21
1997	2	1	1997	2	30	30	\$482.484,00	49,83	26,55	\$ 905.543,42	\$8.749,21
1997	3	1	1997	3	30	30	\$482.484,00	49,83	26,55	\$ 905.543,42	\$8.749,21
1997	4	1	1997	4	30	30	\$482.484,00	49,83	26,55	\$ 905.543,42	\$8.749,21
1997	5	1	1997	5	30	30	\$482.484,00	49,83	26,55	\$ 905.543,42	\$8.749,21
1997	6	1	1997	6	30	30	\$482.484,00	49,83	26,55	\$ 905.543,42	\$8.749,21
1997	7	1	1997	7	30	30	\$585.012,00	49,83	26,55	\$ 1.097.971,67	\$10.608,42
1997	8	1	1997	8	30	30	\$728.917,00	49,83	26,55	\$ 1.368.057,78	\$13.217,95
1997	9	1	1997	9	30	30	\$585.012,00	49,83	26,55	\$ 1.097.971,67	\$10.608,42
1997	10	1	1997	10	30	30	\$535.187,00	49,83	26,55	\$ 1.004.458,31	\$9.704,91
1997	11	1	1997	11	30	30	\$815.581,00	49,83	26,55	\$ 1.530.711,91	\$14.789,49
1997	12	1	1997	12	30	30	\$701.597,00	49,83	26,55	\$ 1.316.782,62	\$12.722,54
1998	1	1	1998	1	30	30	\$640.365,00	49,83	31,23	\$ 1.021.754,34	\$9.872,02
1998	2	1	1998	2	30	30	\$640.365,00	49,83	31,23	\$ 1.021.754,34	\$9.872,02
1998	3	1	1998	3	30	30	\$640.365,00	49,83	31,23	\$ 1.021.754,34	\$9.872,02
1998	4	1	1998	4	30	30	\$640.365,00	49,83	31,23	\$ 1.021.754,34	\$9.872,02
1998	5	1	1998	5	30	30	\$640.365,00	49,83	31,23	\$ 1.021.754,34	\$9.872,02
1998	6	1	1998	6	30	30	\$640.365,00	49,83	31,23	\$ 1.021.754,34	\$9.872,02
1998	7	1	1998	7	30	30	\$640.365,00	49,83	31,23	\$ 1.021.754,34	\$9.872,02
1998	8	1	1998	8	30	30	\$640.365,00	49,83	31,23	\$ 1.021.754,34	\$9.872,02
1998	9	1	1998	9	30	30	\$640.365,00	49,83	31,23	\$ 1.021.754,34	\$9.872,02
1998	10	1	1998	10	30	30	\$640.365,00	49,83	31,23	\$ 1.021.754,34	\$9.872,02
1998	11	1	1998	11	30	30	\$640.365,00	49,83	31,23	\$ 1.021.754,34	\$9.872,02
1998	12	1	1998	12	30	30	\$640.365,00	49,83	31,23	\$ 1.021.754,34	\$9.872,02
1999	1	1	1999	1	30	30	\$758.899,00	49,83	36,42	\$ 1.038.328,86	\$10.032,16

1999	2	1	1999	2	30	30	\$758.899,00	49,83	36,42	\$ 1.038.328,86	\$10.032,16
1999	3	1	1999	3	30	30	\$758.899,00	49,83	36,42	\$ 1.038.328,86	\$10.032,16
1999	4	1	1999	4	30	30	\$758.899,00	49,83	36,42	\$ 1.038.328,86	\$10.032,16
1999	5	1	1999	5	30	30	\$758.899,00	49,83	36,42	\$ 1.038.328,86	\$10.032,16
1999	6	1	1999	6	30	30	\$758.899,00	49,83	36,42	\$ 1.038.328,86	\$10.032,16
1999	7	1	1999	7	30	30	\$758.899,00	49,83	36,42	\$ 1.038.328,86	\$10.032,16
1999	8	1	1999	8	30	30	\$758.899,00	49,83	36,42	\$ 1.038.328,86	\$10.032,16
1999	9	1	1999	9	30	30	\$758.899,00	49,83	36,42	\$ 1.038.328,86	\$10.032,16
1999	10	1	1999	10	30	30	\$758.899,00	49,83	36,42	\$ 1.038.328,86	\$10.032,16
1999	11	1	1999	11	30	30	\$758.899,00	49,83	36,42	\$ 1.038.328,86	\$10.032,16
1999	12	1	1999	12	30	30	\$758.899,00	49,83	36,42	\$ 1.038.328,86	\$10.032,16
2000	1	1	2000	1	30	30	\$780.403,00	49,83	39,79	\$ 977.317,96	\$9.442,69
2000	2	1	2000	2	30	30	\$780.403,00	49,83	39,79	\$ 977.317,96	\$9.442,69
2000	3	1	2000	3	30	30	\$780.403,00	49,83	39,79	\$ 977.317,96	\$9.442,69
2000	4	1	2000	4	30	30	\$780.403,00	49,83	39,79	\$ 977.317,96	\$9.442,69
2000	5	1	2000	5	30	30	\$780.403,00	49,83	39,79	\$ 977.317,96	\$9.442,69
2000	6	1	2000	6	30	30	\$780.403,00	49,83	39,79	\$ 977.317,96	\$9.442,69
2000	7	1	2000	7	30	30	\$780.403,00	49,83	39,79	\$ 977.317,96	\$9.442,69
2000	8	1	2000	8	30	30	\$780.403,00	49,83	39,79	\$ 977.317,96	\$9.442,69
2000	9	1	2000	9	30	30	\$780.403,00	49,83	39,79	\$ 977.317,96	\$9.442,69
2000	10	1	2000	10	30	30	\$780.403,00	49,83	39,79	\$ 977.317,96	\$9.442,69
2000	11	1	2000	11	30	30	\$780.403,00	49,83	39,79	\$ 977.317,96	\$9.442,69
2000	12	1	2000	12	30	30	\$780.403,00	49,83	39,79	\$ 977.317,96	\$9.442,69
2001	1	1	2001	1	30	30	\$899.410,00	49,83	43,27	\$ 1.035.766,13	\$10.007,40
2001	2	1	2001	2	30	30	\$899.410,00	49,83	43,27	\$ 1.035.766,13	\$10.007,40
2001	3	1	2001	3	30	30	\$899.410,00	49,83	43,27	\$ 1.035.766,13	\$10.007,40
2001	4	1	2001	4	30	30	\$911.594,00	49,83	43,27	\$ 1.049.797,30	\$10.142,97
2001	5	1	2001	5	30	30	\$911.594,00	49,83	43,27	\$ 1.049.797,30	\$10.142,97
2001	6	1	2001	6	30	30	\$911.594,00	49,83	43,27	\$ 1.049.797,30	\$10.142,97
2001	7	1	2001	7	30	30	\$911.594,00	49,83	43,27	\$ 1.049.797,30	\$10.142,97
2001	8	1	2001	8	30	30	\$911.594,00	49,83	43,27	\$ 1.049.797,30	\$10.142,97
2001	9	1	2001	9	30	30	\$934.384,00	49,83	43,27	\$ 1.076.042,40	\$10.396,54
2001	10	1	2001	10	30	30	\$934.384,00	49,83	43,27	\$ 1.076.042,40	\$10.396,54
2001	11	1	2001	11	30	30	\$934.384,00	49,83	43,27	\$ 1.076.042,40	\$10.396,54

2001	12	1	2001	12	30	30	\$934.384,00	49,83	43,27	\$ 1.076.042,40	\$10.396,54
2002	1	1	2002	1	30	30	\$1.027.047,00	49,83	46,58	\$ 1.098.706,57	\$10.615,52
2002	2	1	2002	2	30	30	\$1.027.047,00	49,83	46,58	\$ 1.098.706,57	\$10.615,52
2002	3	1	2002	3	30	30	\$1.027.047,00	49,83	46,58	\$ 1.098.706,57	\$10.615,52
2002	4	1	2002	4	30	30	\$1.027.047,00	49,83	46,58	\$ 1.098.706,57	\$10.615,52
2002	5	1	2002	5	30	30	\$1.074.783,00	49,83	46,58	\$ 1.149.773,23	\$11.108,92
2002	6	1	2002	6	30	30	\$1.074.783,00	49,83	46,58	\$ 1.149.773,23	\$11.108,92
2002	7	1	2002	7	30	30	\$1.074.783,00	49,83	46,58	\$ 1.149.773,23	\$11.108,92
2002	8	1	2002	8	30	30	\$1.074.783,00	49,83	46,58	\$ 1.149.773,23	\$11.108,92
2002	9	1	2002	9	30	30	\$1.074.783,00	49,83	46,58	\$ 1.149.773,23	\$11.108,92
2002	10	1	2002	10	30	30	\$1.074.783,00	49,83	46,58	\$ 1.149.773,23	\$11.108,92
2002	11	1	2002	11	30	30	\$1.074.783,00	49,83	46,58	\$ 1.149.773,23	\$11.108,92
2002	12	1	2002	12	30	30	\$1.074.783,00	49,83	46,58	\$ 1.149.773,23	\$11.108,92
2003	1	1	2003	1	30	30	\$1.074.783,00	49,83	49,83	\$ 1.074.783,00	\$10.384,38
2003	2	1	2003	2	30	30	\$1.074.783,00	49,83	49,83	\$ 1.074.783,00	\$10.384,38
2003	3	1	2003	3	30	30	\$1.074.783,00	49,83	49,83	\$ 1.074.783,00	\$10.384,38

Total Días	3105
# Semanas	443,57

* (Sumatoria de Promedios)	\$1.021.311,31
*IBL a fecha de la última cotización	

Año cumpliment o de Edad	CÁLCULO TASA DE REEMPLAZO Y MESADA PENSIONAL INICIAL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN	
*IBL	% Tasa Reemplazo (75%, 90% o la que corresponda)	Mesada Pensional Inicial
\$ 1.021.311	90	\$919.180,18

Conforme a la liquidación, donde se adoptó como IBL el promedio de lo devengado en el tiempo que le hacía falta para cumplir los requisitos y se actualizó este valor a la fecha de causación, arroja un I.B.L. de \$1.021.311,31 que aplicando la tasa de reemplazo del 90% derivaba en una mesada para el año 2003 de \$919.180,18; con base al cual procede la Sala a establecer si existen diferencias a favor del actor, para lo cual se realiza la siguiente liquidación:

Año	IPC	Mesada reajustada	Mesada concedida	Diferencia
2003	6,49%	\$ 919.180,00	\$ 953.557,00	-\$ 34.477,00
2004	5,50%	\$ 978.834,78	\$ 953.557,00	\$ 25.177,78
2005	4,85%	\$ 1.032.670,70	\$ 1.006.108,14	\$ 26.562,56
2006	4,48%	\$ 1.082.755,22	\$ 1.054.904,38	\$ 27.850,84
2007	5,69%	\$ 1.131.262,66	\$ 1.102.164,10	\$ 29.098,56
2008	7,67%	\$ 1.195.631,50	\$ 1.164.877,23	\$ 30.754,27
2009	2,00%	\$ 1.287.336,44	\$ 1.254.223,32	\$ 33.113,12
2010	3,17%	\$ 1.313.083,17	\$ 1.279.307,78	\$ 33.775,39
2011	3,73%	\$ 1.354.707,90	\$ 1.319.861,84	\$ 34.846,06
2012	2,44%	\$ 1.405.238,51	\$ 1.369.092,69	\$ 36.145,82
2013	1,94%	\$ 1.439.526,33	\$ 1.402.498,55	\$ 37.027,78
2014	3,66%	\$ 1.467.453,14	\$ 1.429.707,02	\$ 37.746,12
2015	6,77%	\$ 1.521.161,92	\$ 1.482.034,30	\$ 39.127,63
2016	5,75%	\$ 1.624.144,59	\$ 1.582.368,02	\$ 41.776,57
2017	4,09%	\$ 1.717.532,90	\$ 1.673.354,18	\$ 44.178,72
2018	3,18%	\$ 1.787.780,00	\$ 1.741.794,37	\$ 45.985,63
2019	3,80%	\$ 1.844.631,40	\$ 1.797.183,43	\$ 47.447,97
2020	1,61%	\$ 1.914.727,39	\$ 1.865.476,40	\$ 49.251,00
2021	5,60%	\$ 1.945.554,50	\$ 1.895.510,57	\$ 50.043,94
2022		\$ 2.054.505,56	\$ 2.001.659,16	\$ 52.846,40

Fluye de esta liquidación, que aplicando la norma correcta para resolver las pretensiones efectivamente existe una diferencia que COLPENSIONES debió haber reconocido al dar cumplimiento a la modificación en la fecha de causación y en ese sentido, se confirmará parcialmente el numeral segundo de la providencia apelada que condenó a COLPENSIONES a reconocer las diferencias pensionales causadas a favor del actor desde el 1 de agosto de 2004, pero se modificará el inciso segundo de este numeral por cuanto la mesada pensional para ese año debía ascender a \$978.834,78 y no a \$953.557 ni a \$1.015.442,84 como erradamente se liquidó en primera instancia.

En aras de establecer el valor en concreto de la condena, procede la Sala a establecer la mesada anual a reajustar por cada año siguiente y el saldo derivado de las diferencias por retroactivo, aplicando la prescripción ordenada en primera instancia desde el 18 de agosto de 2013 y aclarando que no incluye el valor por incremento a persona cargo reconocido en proceso judicial paralelo, cuya incidencia debe verificarse acorde a los parámetros de dicho reconocimiento judicial visible en el expediente administrativo y que no fue expuesto por las partes en este proceso; lo que conforme a la siguiente liquidación asciende a la suma de \$5.548.791,73 a la fecha de esta providencia, sin perjuicio de la indexación a que haya lugar hasta que se pague lo adeudado y las diferencias que se sigan causando, lo que se adicionará a la providencia apelada.

Año	Diferencia	No. mesadas	Total
2013	\$ 37.027,78	5,43	\$ 201.060,85
2014	\$ 37.746,12	14	\$ 528.445,68
2015	\$ 39.127,63	14	\$ 547.786,79
2016	\$ 41.776,57	14	\$ 584.871,96
2017	\$ 44.178,72	14	\$ 618.502,10
2018	\$ 45.985,63	14	\$ 643.798,83
2019	\$ 47.447,97	14	\$ 664.271,64
2020	\$ 49.251,00	14	\$ 689.513,96
2021	\$ 50.043,94	14	\$ 700.615,13
2022	\$ 52.846,40	7	\$ 369.924,79
			\$ 5.548.791,73

Finalmente, se condenará en costas a COLPENSIONES de segunda instancia al no prosperar su recurso de apelación, fijando como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el inciso segundo del numeral segundo de la sentencia del 13 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en el sentido de ordenar el reconocimiento de mesada pensional desde el 1 de agosto de 2004 en la suma de \$978.834,78 que se debe reajustar anualmente conforme al I.P.C. según las liquidaciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ADICIONAR que el retroactivo causado y no prescrito entre el 18 de agosto de 2013 a junio de 2022 asciende a la suma de \$5.548.791,73, sin perjuicio de la indexación a que haya lugar hasta que se pague lo adeudado y las diferencias que se sigan causando, así como de los valores por incremento por persona a cargo ejecutados en otra providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás aspectos la providencia impugnada, pero por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada COLPENSIONES, fijando como agencias en derecho de segunda instancia el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente a favor del demandante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Cúcuta, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Juzgado Segundo Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2017-00320-00
Partida Tribunal: 19443
Demandantes: DIMAS PEÑA CONTRERAS
Demandada(o): COLPENSIONES y OTROS.
Tema: RETROACTIVO PENSIONAL
Ref.: APELACIÓN

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, se corre traslado a la parte que presentó recurso de apelación, esto es, el demandante para que en el término de cinco (05) días procedan a alegar de conclusión, vencido lo cual correrá el término para alegar a las demandadas.

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

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

Surtidos los términos de traslado para alegar, procederá la Sala a proferir sentencia por escrito, que será publicada por estado, conforme el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 del 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio 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: 54-001-31-05-004-2018-00452-00

Partida Tribunal: 19540

Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: ELKIM RAUL GARCIA GARNICA

Demandada (o): EMPRESA DE

TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP

Asunto: Apelación de auto que resuelve excepciones previas- Falta de reclamación administrativa

San José de Cúcuta, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la providencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 01 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-004-2018-00452-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 19540 promovido por el señor ELKIM RAÚL GARCÍA GARNICA en contra de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ, S.A. E.S.P.

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

I. ANTECEDENTES

El accionante, por medio de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ, S.A. E.S.P. pretendiendo, entre otras cosas, la declaratoria de un contrato de trabajo entre las partes, demanda que fue debidamente admitida por el Juez A quo, habiendo la pasiva, en la contestación a la demanda, propuesto como excepción previa aquella de FALTA DE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 01 de octubre de 2021, resolvió declarar probada la excepción previa de falta de agotamiento de reclamación

administrativa y por tanto, dio por terminado el proceso ordenando el archivo del expediente.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que consideró que la demandada es una entidad pública, esto es de acuerdo a su naturaleza especial y como entidad pública se requiere para la demanda dar cumplimiento al artículo 6 del código procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que es la presentación de la reclamación administrativa; indicó que la reclamación administrativa sí se hizo, pero se presenta el 8 de octubre de 2018 y la demanda se presenta el 19 de octubre de 2018, quiere esto decir que al revisar el artículo 6 del código procesal del trabajo y de la Seguridad Social, no se dejó transcurrir ni siquiera el mes que tenía la entidad pública para la autotutela, razón por la cual de conformidad con establecido se tiene por no agotado el requisito de la reclamación administrativa, luego no hay factor de competencia.

Indicó además el a quo que la reclamación que en efecto fue presentada ante la pasiva, no se incluyeron ciertas pretensiones que fueron puestas de presente en la demanda que hoy nos ocupa.

III. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Al encontrarse en desacuerdo con la anterior providencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación en su contra, alegando que existe un concepto de la administradora colombiana de pensiones por pensiones el concepto número 3318226 de 2013, en donde de manera clara especifica lo siguiente: el 6 de diciembre del 97 Consejo distrital de Bogotá adoptó el acuerdo número 21 a través del cual transformó la naturaleza jurídica de la empresa de telecomunicaciones de Santafé de Bogotá en una sociedad comercial por acciones constituidas como empresas de servicios públicos de carácter mixta, regido por lo estipulado en la ley 142 del 94 en los estatutos sociales de la ETB SA ESP; que se determinó en su artículo segundo que la sociedad ejerce actividad dentro del ámbito del derecho particular y que cuenta con autonomía administrativa patrimonial y presupuestal; que manifiesta dicho concepto que se consagró en el artículo 41 de la ley 142 del 94 que el personal vinculado a empresas de servicios públicos de carácter privado o mixto, tendrían el carácter de trabajadores particulares circunscritos a las normas contenidas en el código sustantivo del trabajo; que el personal vinculado a ETB SA ESP no puede ser catalogado como servidor público en la modalidad de trabajador oficial dada la transformación operada a partir del año 97 y por expresa disposición no solo de la ley 142 del 94, sino también de sus propios estatutos sociales, en la medida que no sea optó la modalidad de empresa industrial y comercial del estado, sino la de una sociedad accionaria; alegó que por lo anterior, al ostentar los trabajadores de la ETB SA ESP la calidad de personal particular o privado resulta compatible a la luz de lo normado en el artículo 128 de la Constitución Política la percepción simultánea de su salario, en este caso lo

referente al concepto mencionado con la pensión de vejez reconocida en el régimen de prima media con prestación definida.

Informó que, como ya se ha mencionado La ETB es una empresa mixta, una empresa de servicios mixtos, su régimen laboral se encuentra definido en el artículo 41 por lo tanto todas las personas que presten servicios en las empresas de servicios públicos privadas o mixtas siempre tendrán el carácter de trabajadores particulares, estarán sometidas a las normas del Código sustantivo del trabajo y a lo dispuesto en esa ley.

Que la ETB no es una autoridad pública que sea sujeta de reglas de derecho público por el hecho que parte de su capital sea de origen público pues independientemente de su composición accionaria es un agente comercial dentro de un estado competitivo que presta y provee servicios TIC, sometida a las reglas del derecho privado que regula la gestión Mercantil de sus actividades en este orden de ideas precisó que los servicios a sus cargo desde la entrada en vigencia la ley 1341 del 2009 se consideran servicios públicos no domiciliarios, refiriéndose el apelante a la reserva de los documentos de la entidad.

Por último, indicó que las empresas mixtas sin importar el porcentaje de acciones del Estado se rigen única y exclusivamente bajo el derecho privado y más aún cuando el contrato inicialmente firmado por el demandante y que fue solo modificado con otro sí, no cambió la regulación del código sustantivo del trabajo del mismo razón suficiente que desvirtúa la prosperidad de las excepciones aquí planteadas

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandada presentó sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

PARTE DEMANDADA.

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

V. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para decidir el recurso de alzada en virtud del numeral 3 del artículo 65 CPTYSS, 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.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si se encuentra debidamente acreditada la excepción previa falta de

agotamiento de reclamación administrativa propuesta por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ, S.A. E.S.P. respecto de las pretensiones incoadas en la demanda por parte del demandante.

Deberá la Sala entonces resolver el debate sobre existe en el proceso prueba de la reclamación administrativa presentada ante la empresa demandada, estableciendo inicialmente si dicho requisito es exigido para los procesos que se presenten en contra de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ, S.A. E.S.P.

.

En principio, debemos decir que previo a la presentación de la demanda, para acudir ante la justicia laboral y llamar a juicio a las entidades públicas, cualquiera que sea su naturaleza, es un requisito de procedibilidad presentar de forma previa ante éstas la reclamación o agotamiento administrativo, conforme lo establece el artículo 6° del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, la cual tiene como objeto esencial otorgarle a la Administración la oportunidad de pronunciarse sobre la petición del asociado y como una garantía para éste de obtener una respuesta por parte de ésta sin que tenga que acudir a una instancia judicial.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia de 13 de octubre de 1999, Radicación No. 12221, dispuso que:

“... el anterior procedimiento gubernativo tiene por finalidad que las entidades de derecho público y social con antelación a cualquier controversia ante los juzgados laborales, tengan la oportunidad de establecer, previo el estudio fáctico y jurídico que sea del caso, la procedencia o no del derecho que se pretende por el peticionario, y que de ajustarse a la ley la respectiva reclamación, la misma sea reconocida directamente por el ente obligado, logrando así, sin la intervención del Juez Laboral, la solución de un conflicto en ciernes.”

“(...) a través del instituto de la vía gubernativa se le da a dichas entidades, la oportunidad de ejercer una especie de justicia interna, como que la misma ley les permite conocer de manera primigenia, es decir, antes que a los propios jueces del trabajo, las inconformidades de orden laboral que tengan las personas legitimadas para formularles esta clase de cuestionamientos, para que sean tales organismos, actuando como juez de sus propias decisiones, los que definan la viabilidad de aquellas y puedan así corregir por si mismas, cualquier error en que hayan podido incurrir en torno a las actuaciones que originaron tales desavenencias y evitar de esta manera los traumatismos propios de una controversia judicial”.

Más recientemente, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1867 del 29 de mayo de 2018, Rad. 57.177 y M.P. CECILIA MARGARITA DURAN UJUETA, reiterando lo asentado en sentencia SL8603 de 2015, ha señalado que la reclamación administrativa **constituye un factor de competencia del juez del trabajo** cuando la demandada sea la Nación, las entidades territoriales o cualquiera otra entidad de la administración pública, resaltando que:

“La demanda contra una entidad oficial, para su habilitación procesal y prosperidad, ha de guardar coherencia con el escrito de agotamiento de la vía

gubernativa, de suerte que las pretensiones del libelo y su causa no resulten diferentes a las planteadas en forma directa a la empleadora, porque de lo contrario se afectaría el legítimo derecho de contradicción y defensa e, incluso, se violaría el principio de lealtad procesal.

Significa lo anterior que mientras no se haya agotado dicho trámite, el juez del trabajo no adquiere competencia para conocer del asunto. La importancia de realizar la reclamación administrativa con anterioridad a iniciar la acción contenciosa radica en la posibilidad que la Ley le otorga a la administración pública de revisar sus propias actuaciones antes de que estas sean sometidas al conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, de modo que la falta de esta reclamación con anterioridad a la instauración de la demanda es insubsanable”

Conforme se observa, la Ley procesal laboral consagró la reclamación administrativa como un factor de competencia determinante para los jueces laborales, en la medida en que éstos sólo podían asumir el conocimiento de los procesos una vez que se agotara la reclamación administrativa, la cual se sujetaba a las normas del régimen administrativo.

De acuerdo a lo anterior, es una obligación del juez de conocimiento verificar en el momento de la admisión de la demanda cuando se trate de entidades públicas, que se cumpla con el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 6° del C.P.T. y de la S.S, esto es, verificar si se presentó la reclamación administrativa sobre los derechos pretendidos en la demanda. Y en esta circunstancia pueden sobrevenir dos posibilidades: La primera de ellas que el juez de conocimiento advierta que no se cumplió con el referido requisito de procedibilidad, caso en el cual debe rechazar de plano la demanda por falta de competencia; y, la segunda, se estructuraría cuando el juez omite este deber procesal de vigilar el cumplimiento de esta etapa prejudicial y admita la demanda existiendo esta falencia, caso en el cual le corresponde a la parte demandada, proponer oportunamente la excepción previa de falta de competencia por la falta de agotamiento de la vía gubernativa o falta de agotamiento de la reclamación administrativa, conforme los artículos 32 del CPTSS y 97 del CPC.

Y si la parte demandada, no ejerce debidamente el derecho de defensa y no propone las excepciones correspondientes para poner en conocimiento del juez la omisión del requisito de procedibilidad de agotamiento de la vía gubernativa consagrado en el artículo 6° citado, éste vicio procesal se sana, conforme a lo dispuesto en el artículo 135 del C.G.P.

Frente a las Sociedades de Economía Mixta, la Honorable Corte Constitucional, en la sentencia C118 de 2018 indicó lo siguiente:

En cuanto a la ubicación de las sociedades de economía mixta en la estructura de la administración pública, esta Corporación ha advertido que a pesar de su autonomía jurídica **están vinculadas a la Rama Ejecutiva del Poder Público**. Esta circunstancia tiene las siguientes implicaciones para dichas entidades: (i) son objeto de control fiscal, que se adelanta por la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo previsto en el artículo 267 Superior; (ii) están sujetas a control

político, el cual es ejercido por el Congreso de la República, según el artículo 208 de la Constitución Política; (iii) la integración de sus órganos directivos se somete al régimen de inhabilidades previsto en los artículos 180-3, 292 y 323 de la Carta Política; (iv) se rigen por las reglas de la ley orgánica del presupuesto; y (vi) deben observar las normas de contabilidad oficial.

(...)

De acuerdo con la previsión del artículo 123 Superior, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que los empleados y trabajadores de las sociedades de economía mixta son servidores públicos. Asimismo, ha explicado que esa categorización no implica la determinación de un régimen jurídico específico, pues este aspecto no fue definido de manera explícita en la Carta Política y, por el contrario, su determinación se defirió al Legislador.

Como sociedad de economía mixta, es necesario presentar la reclamación administrativa cuando se pretende el reconocimiento de los derechos derivados de un contrato de trabajo, la Sala trae a colación el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007, según el cual dichas sociedades hacen parte de la administración pública:

3.2.2 La pertenencia de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva del poder público. En primer lugar, la Corte repara en que las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones (del Congreso, asambleas o concejos) de “determinar la estructura de la Administración.” Ciertamente, los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 tienen como elemento común el conceder facultades a esos órganos colegiados para ese concreto propósito.⁵ De donde se deduce que la Constitución incluye a las sociedades de economía mixta dentro de la “estructura de la Administración”.

Por su parte, el artículo 115 de la Constitución, que pertenece al Capítulo I del Título V, relativo a la Estructura del Estado, al señalar los órganos que conforman la Rama Ejecutiva del poder público, no menciona a las sociedades de economía mixta.⁶ Esta circunstancia, sin embargo, no significa que este tipo de entidades se encuentre por fuera de este concepto. Es decir, de la lectura del artículo 115 no es posible concluir que las sociedades de economía mixta no formen parte de la Rama Ejecutiva, y que sólo conformen “la estructura de la Administración”, según lo dispuesto por los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6, que se acaban de mencionar.

Estas consecuencias derivadas de la vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, hace posible concluir que, pese a su naturaleza jurídica específica, (regulación basada en las normas del derecho privado) no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal, amén del aporte público en la constitución del capital social y la consiguiente pertenencia a la administración pública, en la condición de entidades descentralizadas.

De esta manera, no es acertado sostener que la participación de particulares en la composición accionaria y la ejecución de actividades comerciales en pie de igualdad con las sociedades privadas sean motivos para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del Estado y de los controles

administrativos que le son propios y cuya definición hace parte de la potestad de configuración normativa de que es titular el legislador.

Adicionalmente, la vinculación a la Rama Ejecutiva implica que a pesar de que las sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas, gozan de autonomía jurídica, de todas maneras, no son organismos independientes, sino que están sujetas a cierto control por parte de la Administración central.

CASO CONCRETO

Sobre la naturaleza jurídica de la demandada, se debe recordar que la ley 142 de 1994 creó el régimen de servicios públicos domiciliarios para regular las actividades de las prestadoras de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en sector rural; delimitó la forma de intervención que tendría el Estado en las mismas, y creó tres clases de empresas dependiendo del capital que la Nación, las entidades territoriales o entidades descentralizadas, si es del 100% es una EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL, si es igual o mayor al 50% es MIXTA y si es menor se identifica como PRIVADA.

Fluye de lo expuesto, que independiente de la definición de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ, S.A. E.S.P. como una empresa de servicios públicos mixta o privada, esta debe entenderse como parte de la Rama Ejecutiva del poder público en su sector descentralizado, del orden distrital y por ende, encaja entre las entidades de la administración pública por las que el artículo 6º del C.P.T. y S.S. exige como factor determinante de la competencia, que previo a la interposición de la demanda se haya agotado la reclamación administrativa.

Es del caso resaltar que, si bien la norma establece que las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen por las reglas del derecho privado, el criterio establecido en el artículo 6º del procedimiento laboral para exigir la reclamación administrativa como requisito de procedibilidad, es la naturaleza jurídica de la entidad y no el carácter de la relación que esta tiene con sus empleados, no asistiéndole razón al apelante en este sentido, y menos aun cuando se refiriere a la reserva sobre los documentos de la entidad, asuntos estos que carecen de relación con el tema aquí planteado.

Determinado lo anterior, es necesario revisar si esta etapa fue surtida en el proceso, evidenciándose a folios 68 a 70 que fue presentado ante la entidad, derecho de petición en agotamiento de la vía gubernativa, el día 08 de octubre de 2018, contando la entidad, a luces del artículo 6 del CPTYSS, con el término de un mes para dar contestación a la misma, y transcurrido el mismo, se entendería agotado el aludido requisito. Sin embargo, y tal como fue puesto de presente por el A quo, la demanda que hoy nos ocupa fue interpuesta el día 22 de octubre de 2018, según acta de reparto vista a folio 490, es decir, sin que hubiera transcurrido el tiempo otorgado a la entidad

pública para considerar y emitir pronunciamiento concreto en torno a lo peticionado por el demandante.

Así las cosas, encuentra la Sala que le asistió la razón al Juez A quo en cuanto encontró probada la excepción previa de falta de reclamación administrativa, por cuanto la norma establece el requisito de procedibilidad de manera categórica, y el mismo no se demuestra cumplido en este caso, en tanto la demanda fue presentada en forma anticipada a lo normado, debiéndose CONFIRMAR la decisión de declarar probada la excepción previa de falta de agotamiento de reclamación administrativa, pero teniéndose como consecuencia, el rechazo de la presente demanda, disponiendo la devolución de la misma y sus anexos a la parte demandante.

Sin condena en costas en esta instancia.

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

VI. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 01 de octubre de 2021 en el sentido de declarar probada la excepción previa de falta de agotamiento de reclamación administrativa, pero teniéndose como consecuencia, el rechazo de la presente demanda, disponiendo la devolución de la misma y sus anexos a la parte demandante.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'José Andrés Serrano Mendoza', with a large, stylized flourish at the end.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio 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

Rad. Juzgado. 54-001-31-05-004- 2019-00078-00

Rad. Interno: 19280

Juzgado: Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta

DTE/ LUIS ADOLFO ATUESTA GARCIA

DDO/ FERNANDO PEDRAZA TORRES

GLADYS MOLINA PEÑALOZA

CARBONES LA ANDREA COAL SAS

Tema: Contestación demanda- Demanda de
reconvención.

San José de Cúcuta, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, señora GLADYS MOLINA PEÑALOZA contra el auto de fecha 01 de octubre de 2020, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso ordinario laboral presentado por el LUIS ADOLFO ATUESTA GARCIA contra **FERNANDO PEDRAZA TORRES, GLADYS MOLINA PEÑALOZA y CARBONES LA ANDREA COAL SAS.**

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,

I. ANTECEDENTES

El demandante presentó demanda ordinaria laboral en contra de los señores FERNANDO PEDRAZA TORRES, GLADYS MOLINA PEÑALOZA y la empresa CARBONES LA ANDREA COAL SAS, la cual fue admitida mediante auto calendado 26 de agosto de 2019 y de la cual se notificó la señora **MOLINA PEÑALOZA el día 01 de octubre de 2019**; el día 15 de octubre de 2019, se presentó la contestación por parte del Dr. Fernando Rivera Ballesteros actuando como de apoderado de la totalidad de los demandados, frente a lo cual el A quo resolvió, en auto de fecha 22 de enero de 2020, no otorgar personería jurídica al operador del derecho, y no dar por notificados por conducta concluyente al señor PEDRAZA TORRES y la empresa demandada, dado que aquel no exhibió su tarjeta profesional, otorgándosele el término de 5 días para proceder a subsanar el error.

Posteriormente, el día 12 de febrero de 2020, el Dr. Rivera Ballesteros exhibe su tarjeta profesional, al tiempo que sustituyó poder en el Dr. Darwin Humberto Castro Gómez, para actuar en nombre y representación de los señores FERNANDO PEDRAZA TORRES, GLADYS MOLINA PEÑALOZA y la empresa CARBONES LA ANDREA COAL SAS.

Mediante auto fechado **17 de febrero de 2020** el Juez de conocimiento reconoce personería para actuar al Dr. Rivera Ballesteros, y en cuanto a la contestación de la demanda que este había presentado en representación de la señora MOLINA PEÑALOZA, indicó que se omitió indicar los fundamentos y razones de derecho, por lo que le concedió el término de 5 días para subsanar dicho yerro, so pena de tener por no contestada la demanda; igualmente, en la misma providencia, dio por notificados, por conducta concluyente, a los demás demandados, el señor PEDRAZA TORRES y la empresa CARBONES LA ANDREA COAL SAS., informado, frente a la contestación de la demanda presentada, que era procedente su subsanación en los términos puestos de presente, o tenían la posibilidad de presentar una nueva contestación.

El día 25 de febrero de 2020, el Dr. Darwin Humberto Castro Gómez allegó una nueva contestación de la demanda actuando como apoderado judicial de la señora GLADYS MOLINA PEÑALOZA, radicando igualmente en su nombre, demanda de reconvención; así mismo, presentó sendas contestaciones a la demanda en nombre y representación del señor FERNANDO PEDRAZA TORRES y la empresa CARBONES LA ANDREA COAL SAS.

II. AUTO OBJETO DE APELACIÓN

Mediante auto de fecha 01 de octubre de 2020 el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, resolvió lo siguiente:

Teniendo en cuenta en informe de secretaría que antecede, el Despacho NO ACEPTA la nueva contestación de la demanda presentada por el apoderado judicial de la demandada GLADYS MOLINA PEÑALOZA, ya que respecto de la contestación inicial esta agencia judicial ya hizo pronunciamiento mediante auto calendado 17 de febrero de la presente anualidad, la cual igualmente se dispone tenerla por no contestada, por no haber sido subsanada.

ACEPTAR la contestación que a la demanda hace el abogado DARWIN HUMBERTO CASTRO GOMEZ, en su condición de apoderado judicial de los demandados FERNANDO PEDRAZA TORRES y CARBONES LA ANDREA COAL S.A.S., por reunir los requisitos de ley.

Se rechaza de plano la demanda de reconvención impetrada por el apoderado judicial de la demandada GLADYS MOLINA PEÑALOZA, en razón a que de conformidad con lo preceptuado en el Art. 371 del C.G.P., en aplicación fue presentada de manera extemporánea, toda vez que el término de traslado de la demanda para esta demandada venció el 15 de octubre de 2019.

III. APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La parte demandada presentó recurso de reposición (resuelto mediante auto de fecha 25 de marzo de 2021) y en subsidio, el de apelación en contra de anterior decisión, alegando lo siguiente:

- Que inicialmente, el doctor FERNANDO RIVERA BALLESTEROS, actuó como apoderado judicial de los tres demandados FERNANDO PEDRAZA TORRES, GLADYS MOLINA PEÑALOZA y CARBONES LA ANDREA COAL S.A.S.
- Que el doctor FERNANDO RIVERABALLESTEROS sustituyó poder al doctor DARWIN HUMBERTO CASTRO GÓMEZ, para que ejerciera la defensa jurídica de los tres demandados mencionados.
- Que el término para presentar la contestación de la demanda y reconvenición es común para todos los demandados, por lo cual el término para la contestación de la demanda se computa en (sic) base al último día en que se notificó como apoderado judicial de CARBONES LA ANDREA COAL S.A.S.
- Que el juzgado de primera instancia realiza una interpretación errónea al computar de manera separada el término hacia una sola persona; es decir; hacia la señora Gladys Molina Peñaloza, siendo que debía haberse computado desde la fecha común para todas las partes.
- Por lo expresado, considera que el término debía computarse por igual para todas las partes demandadas, esto es, Fernando Pedraza Torres, Gladys Molina Peñaloza, y Carbones La Andrea Coal S.A.S.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandada presentó los alegatos de conclusión que se encuentran debidamente consignados en el expediente digital.

En consecuencia, una vez cumplido el término para presentar los mismos, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes.

V. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los antecedentes presentados, es preciso concluir que la providencia apelada es susceptible de tal recurso, según lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto “(...) *que rechace la demanda o su reforma y el que las dé por no contestada*”.

En relación con lo que es objeto de debate, debe definir esta Sala de Decisión si debe admitirse la contestación presentada por el Dr. Darwin Humberto Castro Gómez, en representación de la señora **GLADYS MOLINA PEÑALOZA**, así como la demanda de reconvención allegada, por haberse presentado en tiempo, tal como alega la parte activa.

Atendiendo los reparos que presenta el recurrente, debe precisarse que, en relación con los procesos ordinarios de primera instancia, el artículo 74 del CPTSS, establece que *“Admitida la demanda, el juez ordenará que se dé traslado de ella al demandado o demandados para que la contesten y al Agente del Ministerio Público si fuere el caso, por un término común de diez (10) días, traslado que se hará entregando copia del libelo a los demandados.”*

En cuanto a la interpretación de esta norma, alude el apelante que el término es común para todos los codemandados, por lo que el término de traslado empieza a correr después de notificado el último, por lo que se analizará el alcance de este precepto.

Al respecto de este punto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia dictada dentro del radicado N° 25.425 del 21 de febrero de 2006, explicó que cuando existe pluralidad de demandados, el traslado de la demanda tiene un término común, así:

*“No obstante, en aras a aclarar la situación es preciso poner de presente que en palabras del artículo 74 del C.P.T el traslado de la demanda a los accionados **se hará “por un término común” de diez (10) días, lo que quiere decir que el término del traslado solo empieza a correr una vez se hace la notificación a todos los demandados,** y como en el presente caso la notificación al codemandado Porvenir S.A. se hizo el 14 de febrero de 2003 (folio 44), la contestación de la demanda efectuada por el municipio de Puerto Triunfo no se realizó de manera extemporánea si se tiene en cuenta que fue presentada el 14 de noviembre de 2002, esto es incluso antes de que empezará a correr el término del traslado, lo que hacía pertinente el estudio de las excepciones propuestas”.*

Desde esta perspectiva, le asiste razón al apelante respecto al sentido que debe dársele al artículo 74 del CPTSS; sin embargo, la presentación de la contestación de la demanda de forma extemporánea, no fue la razón por la cual el A Quo adoptó la decisión contenida en el auto calendado el primero de octubre de 2020, debido a que lo que se dispuso fue no aceptar una nueva contestación de la demanda presentada por el apoderado judicial de la demandada **GLADYS MOLINA PEÑALOZA**, ya que respecto de la contestación inicial el Despacho ya había emitido pronunciamiento a través de auto de fecha 17 de febrero de 2020, en el cual se dispuso tenerla por no contestada, al no haber sido subsanada.

En efecto, se evidencia al revisar las actuaciones del proceso que la demanda incoada por el señor LUIS ADOLFO ATUESTA GARCÍA en contra de FERNANDO PEDRAZA TORRES, GLADYS MOLINA PEÑALOZA y CARBONES LA ANDREA COAL S.A.S., se admitió mediante auto del 26 de agosto de 2019 (fol. 101); por lo que existiendo una pluralidad de demandados el traslado debía surtir de forma común, en los términos del artículo 74 del CPTSS.

Según se observa a folio 102 del plenario, la demandada GLADYS MOLINA PEÑALOZA, se notificó del auto admisorio de la demanda el 01 de octubre de 2019; es decir, que por aplicación del artículo 74 del CPTSS, podía esperar que se notificara el último demandado y empezara a correr el término de traslado común para dar contestación al líbelo introductor.

Sin embargo, se evidencia a folios 113 a 327 del expediente que los demandados FERNANDO PEDRAZA TORRES, GLADYS MOLINA PEÑALOZA y CARBONES LA ANDREA COAL S.A.S., le otorgaron poder al Dr. Fernando Rivera Ballesteros, y este, actuando en su representación de todos los demandados, el día 15 de octubre de 2019, contestó la demanda.

Mediante auto del **22 de enero de 2020**, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, indicó que no reconocía personería al Dr. Fernando Rivero Ballesteros, como apoderado judicial de los demandados, en consideración a que omitió exhibir la tarjeta profesional de abogado conforme lo previsto en el artículo 22 del Decreto 191 de 1971, se le concedió el término de cinco (5) días, para que cumpliera con lo anterior (fol. 348).

Con el auto fechado **17 de febrero de 2020** (fol. 352), el A quo resolvió, por segunda vez, reconocer personería al Dr. Fernando Rivero Ballesteros, como apoderado judicial de los demandados, y se pronunció sobre la contestación de la demanda, así: *“En cuanto a la contestación que a la demanda hace el abogado FERNANDO RIVERA BALLESTEROS, en calidad de apoderado judicial de la demanda GLADYS MOLINA PEÑALOZA, se observa que dicho profesional del derecho omitió indicar los fundamentos y razones de derecho, de conformidad con las exigencias establecidas en el num. 4 del art. 31. Modificado: L. 712/2001, art.18.”*; concediéndole el término de cinco (5) días para que subsanara la demanda.

Así mismo, en dicha providencia se dispuso tener por notificado por conducta concluyente a los demandados FERNANDO PEDRAZA TORRES y CARBONES LA ANDREA COAL S.A.S., de conformidad con lo establecido en el artículo 301 del CGP.

Esta decisión se **notificó mediante estado del 18 de febrero de 2020**, lo cual quiere decir, que el término para presentar la subsanación de la demanda, se extendía hasta el 25 de febrero de ese año.

Seguidamente, se advierte a folios 353 de 358 del expediente, que el apoderado sustituto de la señora GLADYS MOLINA PEÑALOZA, el 25 de febrero de 2020 presentó un nuevo escrito de contestación de la demanda, en el cual se cumplió con la exigencia del auto del 17 de febrero de 2020, debido a que se incluyeron los fundamentos y razones de derecho aplicables al caso concreto, subsanándose así las irregularidades advertidas por el Juzgador de primer nivel.

Adicionalmente a ello, en esa misma fecha, el aludido apoderado judicial actuando en representación de CARBONES LA ANDREA COAL S.A.S., y FERNANDO PEDRAZA TORRES, presentó sendas contestaciones de demanda vistas a folios 359 a 366 y 371 a 379 del plenario.

Así mismo, el 25 de febrero de 2020, se presentó demanda de reconvención por parte de la demandada GLADYS MOLINA PEÑALOZA, vista a folios 384 a 385 del expediente.

Posteriormente, en el auto del 01 de octubre de 2020, que es objeto de controversia, se ordenó lo siguiente:

1. No aceptar la nueva contestación de la demanda presentada por el apoderado judicial de la demandada **GLADYS MOLINA PEÑALOZA**, ya que respecto de la contestación inicial ese Despacho ya hizo pronunciamiento mediante auto calendado 17 de febrero de 2020, la cual igualmente se dispone tenerla por no contestada, por no haber sido subsanada.
2. Aceptar la contestación que a la demanda hace el abogado **DARWIN HUMBERTO CASTRO GOMEZ**, en su condición de apoderado judicial de los demandados **FERNANDO PEDRAZA TORRES** y **CARBONES LA ANDREA COAL S.A.S.**, por reunir los requisitos de ley.
3. Se rechaza de plano la demanda de reconvención impetrada por el apoderado judicial de la demandada **GLADYS MOLINA PEÑALOZA**, en razón a que de conformidad con lo preceptuado en el Art. 371 del C.G.P., en aplicación fue presentada de manera extemporánea, toda vez que el término de traslado de la demanda para esta demandada venció el 15 de octubre de 2019.

Una vez que se examina las actuaciones surtidas, se concluye por parte de esta Sala, que el auto apelado no se ajusta a derecho, en consideración a que la demandada GLADYS MOLINA PEÑALOZA, a través de su apoderado sustituto y dentro la oportunidad legal, presentó un nuevo escrito de contestación de la demanda, en el cual se incluyeron los fundamentos y razones de derecho; única causal que se dispuso en el auto del 17 de febrero de 2020, para ordenar que se subsanara esta, de tal suerte que la decisión de tener por no contestada la demanda respecto a la señora GLADYS MOLINA, desconoce su derecho de contradicción y defensa debido a que como se advirtió, esta cumplió con la carga procesal que le correspondía.

Por otra parte, en lo que se refiere a la demanda de reconvención que fue presentada por la señora GLADYS MOLINA PEÑALOZA, el día 25 de febrero de 2020, no resulta extemporánea, en consideración que el artículo 74 del CPTSS, dispone que cuando existe pluralidad de demandados, el traslado de la demanda es común para todos ellos.

Ahora bien, por disposición del inciso 2º del artículo 301 de CGP, la notificación por conducta concluyente se surte por parte de **“Quien constituya apoderado judicial se entenderá notificado por conducta concluyente de todas las providencias que se hayan dictado en el respectivo proceso, inclusive del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo, el día en que se notifique el auto que le reconoce personería, a menos que la notificación se haya surtido con anterioridad. Cuando se hubiese reconocido personería antes de admitirse la demanda o de librarse el mandamiento ejecutivo, la parte será notificada por estado de tales providencias.”**

Por tanto, si en el auto del 17 de febrero de 2020, se ordenó tener por notificados por conducta concluyente a los demás demandados y se le reconoció personería al abogado Fernando Rivera Ballesteros, a partir de esa fecha empezó el término para descorrer traslado de la demanda de forma común y presentar la demanda de reconvención, de tal suerte que por

aplicación del inciso 2º del artículo 301 del CGP, el aludido término empezó a computarse desde 19 de febrero de 2020, concluyéndose así por parte de la Sala que la demanda de reconvención se presentó dentro de la oportunidad dispuesta en el artículo 371 del CGP.

Así las cosas, no queda camino diferente que REVOCAR el auto apelado de fecha 01 de octubre de 2020, de forma parcial, y en su lugar se dispondrá lo siguiente: (i) Admitir la contestación de la demanda formulada por la señora GLADYS MOLINA PEÑALOZA, por haber sido subsanada dentro de la oportunidad prevista en el artículo 31 del CPTSS; y (ii) Ordenar al juzgado de conocimiento darle trámite a la demanda de reconvención presentada por la señora GLADYS MOLINA PEÑALOZA, en aplicación del artículo 371 del CGP.

Sin costas en esta instancia, por prosperar el recurso de apelación presentado por la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por intermedio de su Sala de Decisión Laboral,

VI. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el auto de fecha primero (1º) de octubre de 2020 proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: Admitir la contestación de la demanda formulada por la señora GLADYS MOLINA PEÑALOZA, por haber sido subsanada dentro de la oportunidad prevista en el artículo 31 del CPTSS.

TERCERO: Ordenar al juzgado de conocimiento darle trámite a la demanda de reconvención presentada por la señora GLADYS MOLINA PEÑALOZA, en aplicación del artículo 371 del CGP.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

QUINTO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'José Andrés Serrano Mendoza', with a large, stylized flourish at the end.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio 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

Rad. Juzgado. 54-001-31-05-004-2019-00184-00

Rad. Interno: 19627

Juzgado: Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta

DTE/ ZOILO GUTIERREZ CARDENAS

DDO/ COLPENSIONES Y OTROS

Tema: Objeción de costas

San José de Cúcuta, **treinta** (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada PORVENIR, S.A. contra el auto de fecha 19 de septiembre de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-004-2019-00184-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 19627 promovido por el señor ZOILO GUTIÉRREZ CÁRDENAS contra COLPENSIONES, PORVENIR, S.A. Y PROTECCIÓN, S.A.

I. ANTECEDENTES

El señor ZOILO GUTIÉRREZ CÁRDENAS presentó el 10 de junio de 2019, mediante apoderado judicial, demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, PORVENIR, S.A. Y PROTECCIÓN, S.A. con el fin de que, entre otras cosas, se declarara la nulidad de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, demanda que fue admitida en auto del 12 de septiembre de 2019 (folio 57) y cuya sentencia fue dictada el 10 de febrero de 2021, habiéndose condenado en costas de primera instancia, así:

OCTAVO.- Condenar en costas a favor de la parte demandante y en contra de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y PROTECCION S.A, se absuelve a Colpensiones al no haber sido determinante del traslado conforme a lo previsto en el ART. 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA, AGENCIAS por valor de DOS (2) S.M.L.M.V. cada uno asciende \$908.526, decreto 1785 de 2020, valor total agencias \$1.817.052, Las agencias en su momento serán incluidas en la liquidación de costas.

Al haber sido apelada y adversa a los intereses de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, la sentencia aludida fue enviada a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, con el fin de que se resolviera el recurso de alzada, así como el grado jurisdiccional de consulta, lo cual ocurrió mediante providencia de fecha 29 de junio de 2021 en la que se confirmó en su integridad la sentencia apelada y consultada.

Devuelto el expediente al Juzgado de origen, en auto del 09 de septiembre de 2021 se obedece y cumple lo resuelto por el superior, y una vez practicada por parte de la secretaría la liquidación de costas, fueron estimadas, en primera y segunda instancia en la sumas de \$1.817.052 y \$400.000 respectivamente, a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., y para COLPENSIONES la suma de \$400.000 como agencias de derecho de segunda instancia, para un total de \$4.384.104.

II. . AUTO OBJETO DE APELACIÓN

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante providencia del 19 de septiembre de 2021, aprobó la liquidación de costas realizada por la secretaría del despacho al encontrarla ajustada a derecho.

III. APELACIÓN PARTE DEMANDADA

El apoderado de la parte demandada PORVENIR, S.A. presentó recurso de reposición y en subsidio, el de apelación, en contra de la anterior providencia, al considerar “excesivas las agencias en derecho fijadas en primera instancia, pues no se compadecen con las directrices establecidas en el Acuerdo PSAA16- 10554 de 5 de agosto de 2016 del CS de la J”, alegando lo siguiente:

Que el presente proceso carece de cuantía y es un proceso declarativo de doble instancia, establece el citado acuerdo del CS de la J, que en este tipo de procesos las agencias en derecho se fijaran entre los rangos de 1 SMMLV a 10 SMMLV, dependiendo de la naturaleza del asunto, duración y calidad de la gestión, como lo expresa el artículo 2 del precitado acuerdo.

Que el artículo 3 establece que en los procesos que carecen de cuantía se fijaran las agencias en derecho en el equivalente a SMMLV.

Que el asunto aquí tratado se encuentra más que decantado jurisprudencialmente pues existe una línea jurisprudencial desde el año 2008 reiterada hasta la fecha, con lineamientos tales como que, se invierte la carga de la prueba, sin que sea necesario que el demandante despliegue mayor actividad probatoria, como efectivamente ocurrió en este caso. Adicional a esto, la duración del proceso no fue extensa, pues se resolvió con prontitud.

Que indistintamente a la postura conciliatoria o no de PORVENIR, la negativa de COLPENSIONES a conciliar obligaba al trámite del proceso,

siendo absuelto COLPENSIONES de costas, por lo tanto, resulta injusto que deba PORVENIR S.A asumir tan altas costas, si de todas formas se debía tramitar el proceso por la negativa a conciliar de COLPENSIONES.

Que teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 3 antes mencionado, se estima como agencias en derecho que deben fijarse por el despacho en el equivalente a 1 SMMLV.

IV. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. La Sala tiene competencia para conocer y decidir el recurso de apelación interpuesto al ser aquel procedente en cuanto se refiere a la inconformidad sobre la liquidación de costas y más concretamente con las agencias en derecho de conformidad con lo autorizado por el artículo 65, numeral 11 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto «(...) que resuelva la objeción a la liquidación de las costas respecto de las agencias en derecho».

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si le asiste razón o no al recurrente inconforme con la decisión adoptada por el A quo al condenar a la demandada PORVENIR, S.A. a pagar la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS DIECISIETE MIL CINCUENTA Y DOS PESOS (\$1.817.052) como agencias en derecho correspondientes a la primera instancia, a favor de la parte demandante y a cargo de la entidad.

COSTAS JUDICIALES Y AGENCIAS EN DERECHO

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.

El artículo 365 del C.G. del P., aplicable en materia laboral por remisión del C.P. del T. y de la S.S. Art. 145, establece diversos criterios que el Juez debe aplicar cuando condena en costas, sin que en dicha condena obre el principio de congruencia de las sentencias, según el cual el juez no puede fallar más allá de lo pedido; por lo anterior, la condena en costas procede cuando: (1) la parte es vencida en el proceso, o contra quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya

propuesto, (2) se impone en la sentencia o auto según se trate, (3) en la providencia del superior se impone cuando se confirme en todas sus partes la de primera instancia y si se revoca totalmente la de primera, a la parte vencida se le condenará en las costas de las dos instancias; (4) cuando la demanda prospere parcialmente el juez puede abstenerse de imponer la condena; (5) se condena proporcionalmente a los litigantes vencidos según el interés de cada uno en el proceso; (6) liquidación separada si hay más de un litigante favorecido con la condena; (7) procede la condena si aparecen causadas y en la medida que puedan comprobarse y, (8) prohibición de estipulaciones por las partes sobre costas pero con la posibilidad de renunciarse después de impuesta la condena, renuncia que también procede en los desistimientos y transacciones.

Así, se entiende que la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir.

Además, la condena en costas se impone al perdedor sin considerar la forma como compareció en el proceso, lo cual implica que en el momento de concretar la condena, que inicialmente se hace en abstracto, siendo éste uno de los excepcionales casos en que se permite tal tipo de pronunciamiento, únicamente pueden ser liquidadas las cantidades efectivamente pagadas y que determinan una erogación para la persona favorecida con aquélla, pues debe quedar claro que la condena en costas no puede ser fuente de enriquecimiento dado su carácter indemnizatorio y retributivo.

Las agencias en derecho, en cambio, constituyen la cantidad que debe el juez ordenar para el favorecido con la condena en costas con el fin de restaurar los gastos que tuvo que afrontar para pagar los honorarios de un abogado y el tiempo dedicado por soportar el proceso judicial, cuya fijación es privativa del juez, pero orientado por los criterios contemplados en el numeral 4º del art. 366 del C.G. del P., que le impone el deber de guiarse por «tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura».

El Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, reguló las tarifas para efectos de la fijación de agencias en derecho, aplicables a los procesos que se tramiten en las especialidades civil, familia, laboral y penal de la jurisdicción ordinaria y a los de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, señalando que “para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites”.

La suma que el juez señale como agencias en derecho no tiene que estar orientada por la que la parte efectivamente canceló a su abogado, así se

demuestre fehacientemente la cuantía de ese pago, de modo que para nada obliga al juez las bases contractuales señaladas en materia de honorarios profesionales.

De suerte que, **la cuantificación de las agencias en derecho, no es discrecional sino reglada**, sin embargo, el funcionario judicial deberá tener presente al momento de establecer una justa asignación para quien se vio obligado a demandar o para quien participó como demandando en el proceso, no obstante que la razón estaba de su parte, el desarrollo del proceso, la naturaleza y la cuantía de las pretensiones.

CASO EN CONCRETO

En este caso, se observa que la secretaria del juzgado practicó la liquidación de costas causadas en primera y segunda instancia de forma concentrada, fijándola así: por agencias en derecho de la primera instancia a cargo de las A.F.P. demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. el valor total de TRES MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO CUATRO PESOS MCTE (\$3.634.104), conforme a los 2 salarios mínimos ordenados para cada una de estas demandadas, según como fue inicialmente ordenado en la sentencia del 10 de febrero de 2021, y UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$1.200.000), conforme a lo ordenado por esta Sala de Decisión, esto es un valor de CUATROCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$400.000) como agencias de segunda instancia a cargo de cada una de las entidades demandadas: COLPENSIONES, A.F.P. PROTECCIÓN S.A. y A.F.P. PORVENIR S.A.

Como señalaron el juez a quo y el recurrente, el artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 determina que en los procesos de primera instancia por la naturaleza del asunto que carezcan de cuantía o pretensiones pecuniarias, el rango para fijar la tarifa de agencias en derecho esta **entre 1 y 10 salarios mínimos**; lo que es aplicable en este caso, dado que la pretensión de la actora iba dirigida a conseguir la declaratoria de ineficacia de su traslado de régimen pensional cuya consecuencia impuso a los vencidos en juicio una obligación de hacer.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esos límites corresponden a los máximos permitidos por el acuerdo y el juez para fijar el monto de las agencias en derecho debe seguir los criterios a los que nos referimos inicialmente, esto es, naturaleza y duración del proceso.

En este caso, la parte demandante presentó la demanda ordinaria el 10 de junio de 2019, fue admitida el 12 de septiembre de 2019, una vez trabada la Litis, por auto se fijó fecha para audiencia que se llevó a cabo el 10 de febrero de 2021, día en que se adelantaron todas las etapas procesales y se dictó sentencia de primera instancia; es decir, entre la admisión y la fijación del litigio transcurrió poco más de un año dentro del cual hubo suspensión de términos procesales causado por la pandemia ocasionada por el COVID - 19.

En el ejercicio procesal desatado se aprecia que no hubo un desgaste de actividad a cargo del actor, no se interpusieron recursos ni se ejercieron despliegues diferentes a la práctica de pruebas ejecutada el mismo día que todas las demás etapas; además el debate suscitado fue eminentemente jurídico y como señala el apoderado de la demandada, debe tenerse en

cuenta que existe jurisprudencia asentada sobre la materia desde 2008 y en ella se determinó que la carga de la prueba en este asunto recae sobre las administradoras de pensiones.

Así las cosas, al realizar un análisis de las circunstancias procesales descritas, se concluye que el monto de las agencias en derecho fijadas por el juez de primera instancia corresponde con la duración y la gestión ejecutada por la parte vencedora, siguiendo la línea fijada en recientes pronunciamientos por esta Sala; pues si bien es cierto, transcurrió poco más de un año hasta el momento en que se dictó sentencia de primera instancia y no se requirió un despliegue de carga probatoria activo, la A.F.P. PORVENIR S.A. actuando en calidad de demandada ejerció su derecho de defensa y contradicción, y se evidencia que realizó actividad jurídica tendiente a evitar la prosperidad de las pretensiones, por lo que se estima que las agencias en derecho fijadas en primera instancia no son excesivas y corresponden a la actividad desplegada por la parte actora, que equivalen a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En este entendido, procederá la Sala a CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 19 de septiembre de 2021.

Se condenará en costas a la parte vencida en el presente recurso de apelación, es decir, la entidad PORVENIR, S.A en la suma de CIENTO MIL PESOS MCTE (\$100.000).

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA, por intermedio de su Sala de Decisión laboral,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 19 de septiembre de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte vencida en el presente recurso de apelación, es decir, la entidad PORVENIR, S.A en la suma de CIENTO MIL PESOS MCTE (\$100.000).

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. 068, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio 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

Rad. Juzgado. 54-001-31-05-004-2019-00211-00

Rad. Interno: 19698

Juzgado: Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta

DTE/ GERMAN HUMBERTO LAGOS CASAS

DDO/ COLPENSIONES Y OTROS

Tema: Objeción de costas

San José de Cúcuta, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada PORVENIR, S.A. contra el auto de fecha 02 de diciembre de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-004-2019-00211-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 19698 promovido por el señor GERMAN HUMBERTO LAGOS CASAS contra COLPENSIONES, PORVENIR, S.A. Y PROTECCIÓN, S.A.

I. ANTECEDENTES

El señor GERMAN HUMBERTO LAGOS CASAS presentó el 27 de junio de 2019, mediante apoderado judicial, demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, PORVENIR, S.A. Y PROTECCIÓN, S.A. con el fin de que, entre otras cosas, se declarara la nulidad de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, demanda que fue admitida en auto del 23 de septiembre de 2019 (folio 58) y cuya sentencia fue dictada el 28 de enero de 2021, habiéndose condenado en costas de primera instancia, así:

OCTAVO.- Condenar en costas a favor de la parte demandante y en contra de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., se absuelve a Colpensiones al no haber sido determinante del traslado, conforme a lo previsto en el ART. 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA, por valor de DOS (2) S.M.L.M.V. cada salario mínimo asciende se fijan en la suma \$908.526 un salario mínimo legal de la fecha según decreto 1785 de 2020, ES DECIR TOTAL AGENCIAS \$1.817.052, que se incluirán en la liquidación de costas en su oportunidad procesal.

Al haber sido apelada y adversa a los intereses de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, la sentencia aludida fue enviada a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, con el fin de que se resolviera el recurso de alzada, así como el grado jurisdiccional de consulta, lo cual ocurrió mediante providencia de fecha 26 de agosto de 2021 en la que se confirmó en su integridad la sentencia apelada y consultada.

Devuelto el expediente al Juzgado de origen, en auto del 17 de noviembre de 2021 se obedece y cumple lo resuelto por el superior, y una vez practicada por parte de la secretaría la liquidación de costas, fueron estimadas, en primera y segunda instancia en la sumas de \$1.817.052 y \$400.000 respectivamente, a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., y para COLPENSIONES la suma de \$400.000 como agencias de derecho de segunda instancia, para un total de \$4.384.104.

II. AUTO OBJETO DE APELACIÓN

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante providencia del 02 de diciembre de 2021, aprobó la liquidación de costas realizada por la secretaría del despacho al encontrarla ajustada a derecho.

III. APELACIÓN PARTE DEMANDADA

El apoderado de la parte demandada PORVENIR, S.A. presentó recurso de reposición y en subsidio, el de apelación, en contra de la anterior providencia, al considerar “excesivas las agencias en derecho fijadas en primera instancia, pues no se compadecen con las directrices establecidas en el Acuerdo PSAA16- 10554 de 5 de agosto de 2016 del CS de la J”, alegando lo siguiente:

Que el presente proceso carece de cuantía y es un proceso declarativo de doble instancia, establece el citado acuerdo del CS de la J, que en este tipo de procesos las agencias en derecho se fijaran entre los rangos de 1 SMMLV a 10 SMMLV, dependiendo de la naturaleza del asunto, duración y calidad de la gestión, como lo expresa el artículo 2 del precitado acuerdo.

Que el artículo 3 establece que en los procesos que carecen de cuantía se fijaran las agencias en derecho en el equivalente a SMMLV.

Que el asunto aquí tratado se encuentra más que decantado jurisprudencialmente pues existe una línea jurisprudencial desde el año 2008 reiterada hasta la fecha, con lineamientos tales como que, se invierte la carga de la prueba, sin que sea necesario que el demandante despliegue mayor actividad probatoria, como efectivamente ocurrió en

este caso. Adicional a esto, la duración del proceso no fue extensa, pues se resolvió con prontitud.

Que indistintamente a la postura conciliatoria o no de PORVENIR, la negativa de COLPENSIONES a conciliar obligaba al trámite del proceso, siendo absuelto COLPENSIONES de costas, por lo tanto, resulta injusto que deba PORVENIR S.A asumir tan altas costas, si de todas formas se debía tramitar el proceso por la negativa a conciliar de COLPENSIONES.

Que teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 3 antes mencionado, se estima como agencias en derecho que deben fijarse por el despacho en el equivalente a 1 SMMLV.

IV. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. La Sala tiene competencia para conocer y decidir el recurso de apelación interpuesto al ser aquel procedente en cuanto se refiere a la inconformidad sobre la liquidación de costas y más concretamente con las agencias en derecho de conformidad con lo autorizado por el artículo 65, numeral 11 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto «(...) que resuelva la objeción a la liquidación de las costas respecto de las agencias en derecho».

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si le asiste razón o no al recurrente inconforme con la decisión adoptada por el A quo al condenar a la demandada PORVENIR, S.A. a pagar la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS DIECISIETE MIL CINCUENTA Y DOS PESOS (\$1.817.052) como agencias en derecho correspondientes a la primera instancia, a favor de la parte demandante y a cargo de la entidad.

COSTAS JUDICIALES Y AGENCIAS EN DERECHO

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.

El artículo 365 del C.G. del P., aplicable en materia laboral por remisión del C.P. del T. y de la S.S. Art. 145, establece diversos criterios que el Juez debe aplicar cuando condena en costas, sin que en dicha condena obre el principio de congruencia de las sentencias, según el cual el juez no puede fallar más allá de lo pedido; por lo anterior, la condena en costas procede cuando: (1) la parte es vencida en el proceso, o contra quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto, (2) se impone en la sentencia o auto según se trate, (3) en la providencia del superior se impone cuando se confirme en todas sus partes la de primera instancia y si se revoca totalmente la de primera, a la parte vencida se le condenará en las costas de las dos instancias; (4) cuando la demanda prospere parcialmente el juez puede abstenerse de imponer la condena; (5) se condena proporcionalmente a los litigantes vencidos según el interés de cada uno en el proceso; (6) liquidación separada si hay más de un litigante favorecido con la condena; (7) procede la condena si aparecen causadas y en la medida que puedan comprobarse y, (8) prohibición de estipulaciones por las partes sobre costas pero con la posibilidad de renunciarse después de impuesta la condena, renuncia que también procede en los desistimientos y transacciones.

Así, se entiende que la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir.

Además, la condena en costas se impone al perdedor sin considerar la forma como compareció en el proceso, lo cual implica que en el momento de concretar la condena, que inicialmente se hace en abstracto, siendo éste uno de los excepcionales casos en que se permite tal tipo de pronunciamiento, únicamente pueden ser liquidadas las cantidades efectivamente pagadas y que determinan una erogación para la persona favorecida con aquélla, pues debe quedar claro que la condena en costas no puede ser fuente de enriquecimiento dado su carácter indemnizatorio y retributivo.

Las agencias en derecho, en cambio, constituyen la cantidad que debe el juez ordenar para el favorecido con la condena en costas con el fin de restaurar los gastos que tuvo que afrontar para pagar los honorarios de un abogado y el tiempo dedicado por soportar el proceso judicial, cuya fijación es privativa del juez, pero orientado por los criterios contemplados en el numeral 4º del art. 366 del C.G. del P., que le impone el deber de guiarse por «tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura».

El Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, reguló las tarifas para efectos de la fijación de agencias en derecho, aplicables a los procesos que se tramiten en las especialidades civil, familia, laboral y penal de la jurisdicción ordinaria y a los de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, señalando que “para la fijación de agencias en

derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites”.

La suma que el juez señale como agencias en derecho no tiene que estar orientada por la que la parte efectivamente canceló a su abogado, así se demuestre fehacientemente la cuantía de ese pago, de modo que para nada obliga al juez las bases contractuales señaladas en materia de honorarios profesionales.

De suerte que, **la cuantificación de las agencias en derecho, no es discrecional sino reglada**, sin embargo, el funcionario judicial deberá tener presente al momento de establecer una justa asignación para quien se vio obligado a demandar o para quien participó como demandando en el proceso, no obstante que la razón estaba de su parte, el desarrollo del proceso, la naturaleza y la cuantía de las pretensiones.

CASO EN CONCRETO

En este caso, se observa que la secretaria del juzgado practicó la liquidación de costas causadas en primera y segunda instancia de forma concentrada, fijándola así: por agencias en derecho de la primera instancia a cargo de las A.F.P. demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. el valor total de TRES MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO CUATRO PESOS MCTE (\$3.634.104), conforme a los 2 salarios mínimos ordenados para cada una de estas demandadas, según como fue inicialmente ordenado en la sentencia del 28 de enero de 2021, y UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$1.200.000), conforme a lo ordenado por esta Sala de Decisión, esto es un valor de CUATROCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$400.000) como agencias de segunda instancia a cargo de cada una de las entidades demandadas: COLPENSIONES, A.F.P. PROTECCIÓN S.A. y A.F.P. PORVENIR S.A.

Como señalaron el juez a quo y el recurrente, el artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 determina que en los procesos de primera instancia por la naturaleza del asunto que carezcan de cuantía o pretensiones pecuniarias, el rango para fijar la tarifa de agencias en derecho esta entre 1 y 10 salarios mínimos; lo que es aplicable en este caso, dado que la pretensión de la actora iba dirigida a conseguir la declaratoria de ineficacia de su traslado de régimen pensional cuya consecuencia impuso a los vencidos en juicio una obligación de hacer.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esos límites corresponden a los máximos permitidos por el acuerdo y el juez para fijar el monto de las agencias en derecho debe seguir los criterios a los que nos referimos inicialmente, esto es, naturaleza y duración del proceso.

En este caso, la parte demandante presentó la demanda ordinaria el 27 de junio de 2019, fue admitida el 23 de septiembre de 2019, una vez trabada la Litis, por auto se fijó fecha para audiencia que se llevó a cabo el 28 de enero de 2021, día en que se adelantaron todas las etapas procesales y se dictó sentencia de primera instancia; es decir, entre la admisión y la fijación del litigio transcurrió poco más de un año dentro del cual hubo suspensión de términos procesales causado por la pandemia ocasionada por el COVID - 19.

En el ejercicio procesal desatado se aprecia que no hubo un desgaste de actividad a cargo del actor, no se interpusieron recursos ni se ejercieron despliegues diferentes a la práctica de pruebas ejecutada el mismo día que todas las demás etapas; además el debate suscitado fue eminentemente jurídico y como señala el apoderado de la demandada, debe tenerse en cuenta que existe jurisprudencia asentada sobre la materia desde 2008 y en ella se determinó que la carga de la prueba en este asunto recae sobre las administradoras de pensiones.

Así las cosas, al realizar un análisis de las circunstancias procesales descritas, se concluye que el monto de las agencias en derecho fijadas por el juez de primera instancia corresponde con la duración y la gestión ejecutada por la parte vencedora, siguiendo la línea fijada en recientes pronunciamientos por esta Sala; pues si bien es cierto, transcurrió poco más de un año hasta el momento en que se dictó sentencia de primera instancia y no se requirió un despliegue de carga probatoria activo, la A.F.P. PORVENIR S.A. actuando en calidad de demandada ejerció su derecho de defensa y contradicción, y se evidencia que realizó actividad jurídica tendiente a evitar la prosperidad de las pretensiones, por lo que se estima que las agencias en derecho fijadas en primera instancia no son excesivas y corresponden a la actividad desplegada por la parte actora, que equivalen a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En este entendido, procederá la Sala a CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 02 de diciembre de 2021.

Se condenará en costas a la parte vencida en el presente recurso de apelación, es decir, la entidad PORVENIR, S.A en la suma de CIEN MIL PESOS MCTE (\$100.000).

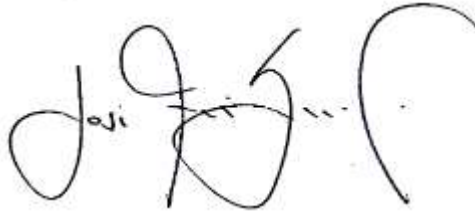
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA, por intermedio de su Sala de Decisión laboral,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 02 de diciembre de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte vencida en el presente recurso de apelación, es decir, la entidad PORVENIR, S.A en la suma de CIEN MIL PESOS MCTE (\$100.000).

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

RAD: 54001-31-05-004-2019-00334-01

P.T. No. 19291

REF: Proceso Ordinario

DEMANDANTE: Edmundo Uribe Reyes

DEMANDADO: Colpensiones

Atendiendo al contenido del memorial recibido, se acepta el desistimiento presentado frente al recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

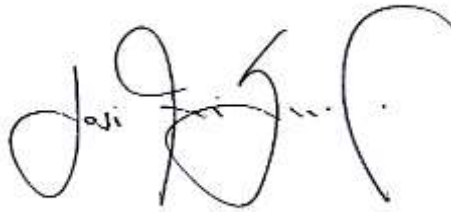
Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gelves



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 2020-00296
PARTIDA TRIBUNAL: 19435
JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: DORIS DE LA CRUZ PEÑA DE DURÁN
ACCIONADO: COLPENSIONES
ASUNTO: PENSION ANTICIPAD DE VEJEZ POR DEFICIENCIA Y RELIQUIDACIÓN DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES
TEMA: CONSULTA Y APELACIÓN

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

San José de Cúcuta, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 29 de julio de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-004-2020-00296-00 y P.T. No. 19435 promovido por la señora DORIS DE LA CRUZ PEÑA DE DURAN en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante, por intermedio de apoderado judicial, interpone demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que el señor Gerson Durán Rico tiene derecho al reconocimiento de la pensión anticipada por invalidez desde el 23 de marzo de 2017 hasta el momento de su fallecimiento 17 de mayo de 2018 sobre un IBL de \$1.299.381; en consecuencia, pretende que sea declarado con la condición de pensionado para el momento del del fallecimiento, además, que COLPENSIONES pague a su favor en calidad de cónyuge supérstite, el retroactivo pensional que le correspondió en vida al pensionado desde el 23 de marzo de 2017 hasta el 17 de mayo de 2018; igualmente, que se declare que tiene derecho a la reliquidación la pensión de

sobrevivientes a su favor en un 80% del IBL desde el 17 de mayo de 2018 hasta el momento de su inclusión en nómina; que COLPENSIONES pague el auxilio funerario, al uso de las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

II. HECHOS

La demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: que el señor Gerson Durán Rico para el 20 de junio de 2017 contaba con una PCL del 59.78% con fecha de estructuración del 29 de marzo de 2017 y con 1300 semanas cotizadas; que el 11 de octubre de 2017 el causante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión anticipada por invalidez, pero falleció el 17 de mayo de 2018.

Que mediante resolución SUB159820-2019 expedida por COLPENSIONES, se realizó la reliquidación del IBL sobre 52.94% sin tener en cuenta lo estipulado en el parágrafo 1º del Artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que modificó el art. 46 de la Ley 100 de 1993, norma que según su aplicación arrojaría un IBL del 80% con mesada pensional para el 2018 de \$1.039.625; que en su calidad de cónyuge solicitó la reliquidación de la mesada pensional el 12 de noviembre de 2019 y para el momento de radicar la demanda, COLPENSIONES no ha dado respuesta; que solicitó el reconocimiento y pago del auxilio funerario negado por la demandada argumentando que para el momento del fallecimiento no estaba activo y no se encontraba pensionado.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

Notificada de la demanda presentada en su contra, la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a través de su apoderada judicial dio formal contestación a la misma, aceptando parcialmente los hechos, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda, manifestando que mediante resolución SUB 158920 de junio de 2019 se reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante Doris de la Cruz Peña Durán junto con el pago del retroactivo; afirma que el señor Gerson Durán Rico (q.e.p.d.) no reunía los requisitos legales para acceder a la pensión solicitada en 2017, por no contar con las semanas mínimas cotizadas razón por la que fue negada mediante resolución SUB 170117 del 24 de agosto de 2017; alega que mediante resolución SUB 276594 de octubre 2019 explicó las razones por las cuales no es procedente el reconocimiento y pago de auxilio funerario y otorgó los recursos de ley correspondientes (reposición y apelación) para que la solicitante fundamentara su inconformidad y allegara prueba idónea, sin embargo, no fueron interpuestos por la señora DORIS DE LA CRUZ PEÑA DE DURAN. Propuso como excepciones de fondo: la inexistencia de la obligación demandada

y falta del derecho para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO CÚCUTA, en sentencia de fecha **29 de julio de 2021** resolvió,

“PRIMERO.- CONDENAR A COLPENSIONES S.A, A PAGAR A LA PARTE DEMANDANTE Y CON DESTINO A LA MASA SUCESORAL DEL CAUSANTE, LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POR VALOR DE \$ 974.649 APLICA DESDE LA FECHA DE LA ESTRUCTURACIÓN DE LA INVALIDEZ 29 DE MARZO DE 2017 Y HASTA EL DÍA ANTERIOR AL FALLECIMIENTO QUE LO FUE EL **16 DE MAYO DE 2018, YA QUE EL FALLECIMIENTO ES DEL 17 DE MAYO DE 2018** LO QUE NO SE DISCUTE EN EL PLENARIO, TOTAL MESADAS AÑO 13 CONFORME AL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 INCISO 8 Y PARÁGRAFO 6 TRANSITORIO. PARA LA VIGENCIA DE 2018 SE INDEXA LA PENSIÓN EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 14 DE LEY 100 DE 1993. ES EL RETROACTIVO QUE RECLAMA LA PARTE DEMANDANTE SE ENTIENDE PARA LA MASA SUCESORAL, TODO CONFORME A LO CONSIDERADO.

SEGUNDO.-CONDENAR A COLPENSIONES S.A., PAGAR A LA DEMANDANTE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE POR VALOR DE \$ 974.649 AÑO 2017, PENSIÓN AÑO 2018 SERÍA EL VALOR DEL AÑO ANTERIOR MÁS EL IPC ACUMULADO A DICIEMBRE DE 2017= 4.09%, EL VALOR DE LA PENSIÓN SERIA PARA EL 1 ENERO DE 2018 LA CANTIDAD DE \$ 1.014.512, Y ASÍ SUCESIVAMENTE HASTA EL PRESENTE Y EXTENDIÉNDOSE HASTA QUE SE EXTINGA EL DERECHO, MENOS LO PAGADO POR MESADAS PENSIONALES POR LA PASIVA CADA MES, QUEDANDO UN SALDO INSOLUTO CADA MES QUE SE DEBE Y A CARGO DE COLPENSIONES, INCLUYENDO LAS ADICIONALES HASTA LA FECHA E INCLUSO HASTA CUANDO SE CUMPLA LA SENTENCIA POR LA PASIVA. TODO CONFORME A LO CONSIDERADO.

TERCERO. - CONDENAR A COLPENSIONES S.A., A PAGAR A FAVOR DE LA DEMANDANTE EL AUXILIO FUNERARIO POR VALOR DE \$ 4.070.000, CONFORME A LO CONSIDERADO.

CUARTO. - DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR LA PASIVA, HAY DECISIÓN ÍNSITA EN LA PRESENTE, RESALTANDO QUE EN CUANTO A LA PRESCRIPCIÓN NO SE PRUEBA, HAY RECLAMOS DE FECHA 08-05-19 Y 12-11-19, ARTÍCULOS 488 Y 489 CST Y ARTICULO 151 CPT Y SS., Y LA BUENA FE SE PRESUME ARTÍCULO 83 SUPERIOR LA QUE POR SÍ SOLA NO ENERVA LO PRETENDIDO POR LA ACTORA.

QUINTO. - CONDENAR EN COSTAS A LA PASIVA Y A FAVOR DE LA DEMANDANTE SE FIJAN EN 3 S.M.L.M.V., LAS AGENCIAS EN DERECHO \$ 2.725.578, FUNDAMENTO ARTÍCULO 365-1 CGP EN CONC. ACUERDO DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA ADMINISTRATIVA PSAA16-10554 DE 5 AGOSTO DE 2016, SE TENDRÁN EN CUENTA LAS AGENCIAS PARA LA LIQUIDACIÓN DE LAS COSTAS EN SU MOMENTO PROCESAL...”

Para resolver lo anterior, argumentó que, de las pruebas documentales aportadas y de conformidad con las pretensiones de la demanda, es

improcedente reconocer la pensión de vejez anticipada por deficiencia prevista en el parágrafo 4º del art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificad por el art. 9º de la Ley 797 de 2003 a favor del causante Gerson Durán Rico considerando que el afiliado en vida reunía 1361 semanas de cotización, estaba calificado como inválido y solamente estaba a la espera de la edad para acceder a la pensión de vejez, concluyendo así, que sí le asiste el derecho para acceder a la pensión de invalidez señalando textualmente: *“...luego para una pensión de invalidez común pues no requería en concepto del despacho cumplir con la exigencia del numeral primero, exigirle un monto de determinadas semanas cotizadas en los últimos tres años como quiera que el señor ya había cumplido su récord de semanas cotizadas para obtener la pensión mayor que es la pensión de vejez, luego no sería lógico que teniendo las 1361 semanas cotizadas ya cumplió con lo previsto en la ley para la pensión de vejez, se le exija para una pensión de invalidez 50 semanas en los últimos tres años, como quiera que no estaba ya cotizando y es entendible como quiera que ya había cumplido con su obligación frente a la exigencia de la ley...”*.

Sostuvo que al dar aplicación a lo reglado en el art. 1º de la Ley 860 de 2003 que modificó el art. 39 de la Ley 100 de 1993, el causante fue declarado inválido y su última cotización fue el 2 de enero de 2013, por lo que, al verificar el monto de la pensión previsto en el art. 40 ibidem, no superaría el 75% del IBL que corresponde a \$1.299.532 arrojando un resultado de \$974.649 desde la fecha de estructuración 29 de marzo de 2017 hasta el 16 de mayo de 2018 con 13 mesadas anuales según el Acto Legislativo 01 de 2005, retroactivo será a favor de la masa sucesoral.

Respecto a la pensión de sobrevivientes, señaló que no es procedente dar aplicación al parágrafo 1º inciso 2º del art. 12 de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este asunto se trata de un pensionado y no un simple afiliado, por lo que, consideró que desde el 1º de enero de 2018 el valor de la mesada corresponde a \$1.014.512, monto que deberá ser indexado a la fecha de la sentencia o pago.

En cuanto al auxilio funerario dio aplicación a lo previsto en el art. 51 de la Ley 100 de 1993, en la que no se dispone que el afiliado este activo o inactivo en el sistema pensional, por lo que, consideró que COLPENSIONES estaba exigiendo un requisito inexistente en la norma, luego entonces, al demostrarse los gastos sufragados se condena a la administradora demandada, a pagar la suma de \$4.070.000.

Por último, arguye que no prospera la excepción de fondo de prescripción por cuanto existen reclamaciones del **8 de mayo de 2019 y 12 de noviembre de 2019**

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandada COLPENSIONES inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación contra la sentencia y solicita sea revocada en su totalidad, alegando que, de conformidad con las normas aplicables, el señor Gerson Durán Rico no cumplió con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003 y Ley 860 de 2003, porque no tiene las 50 semanas de cotización en los 3 últimos años al momento de la estructuración de la invalidez, esto es, anteriores al 29 de marzo de 2017, por la cual, insiste que no es procedente reconocer la prestación de invalidez, teniendo en cuenta que dejó de cotizar desde el 31 de enero de 2013.

Afirma que tampoco es procedente dar aplicación al principio de condición más beneficiosa, porque verificada la historia laboral del afiliado se evidencia “que en el año inmediatamente anterior a la fecha de entrada en vigencia de la ley 860 del 2003, no acredita el requisito de las 26 semanas de cotización del año inmediatamente anterior a la entrada en vigencia de dicha ley, esto porque no tiene las semanas cotizadas entre el periodo comprendido entre el 29 de diciembre de 2002 al 29 de diciembre de 2003 y tampoco entre el 29 de marzo de 2016 y el 29 de marzo de 2017 que es el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, igualmente no registra semanas de cotización al sistema general de pensiones”.

Sostuvo que la norma aplicada por COLPENSIONES para reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante DORIS DE LA CRUZ PEÑA DURÁN fue la del parágrafo primero del artículo 12 de la ley 797 del 2003, a través de la cual se modificó el artículo 46 de la ley 100 de 1993, por lo tanto, consideró que no es procedente que se concedan las pretensiones incoadas en el escrito de la demanda.

APELACIÓN PROCURADURIA.

El Delegado del Ministerio Público, Procurador para asuntos laborales y de la seguridad social manifestó su inconformidad sobre la decisión de primera instancia en forma parcial, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la pensión de invalidez, como quiera que al no cumplir el afiliado con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, debía reconocerse la pensión de vejez por deficiencia prevista en el párrafo cuarto del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que cumplió a cabalidad con las semanas mínimas para ser beneficiario de la pensión de vejez faltándole la edad y que por ello no debía acreditar un número de semanas mínimas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Consideró que el A quo partió de un supuesto erróneo en la medida en que no hay una disposición en materia de pensión de invalidez que establezca la

interpretación del Juez, por cuanto el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 es el que establece los requisitos de la pensión de invalidez, los cuales son, la declaración de la invalidez y las 50 semanas en los 3 años anteriores a la estructuración.

Que tampoco se puede dar aplicación al mencionado párrafo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 por cuanto ese supuesto existe pero para la pensión de sobrevivientes mas no para la pensión de invalidez, en cuyo caso si es necesario unas cotizaciones mínimas en los tres años anteriores, ya sea 50, 20 o 26 de acuerdo a los supuestos del artículo 39 de la ley 100 de 1993 y, en este asunto la última cotización que efectuó el señor Gerson fue en enero de 2013 y fallece en mayo del 2018, por lo que, el afiliado en los cinco años anteriores al fallecimiento no efectuó una sola cotización al sistema, de forma tal que no se cumple ninguno de los supuestos de las 50 semanas, ni tampoco de las 26 en el último año.

Por último afirmó que, al demostrarse que el afiliado cotizó más del 75% de semanas al sistema pensional, se hace necesario acudir a la otra modalidad de pensión que es la pensión especial de vejez por deficiencia prevista en el párrafo cuarto del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, respecto de la cual, el afiliado tiene el 50% de la deficiencia, tiene los 55 años y tenía más de 1000 semanas cotizadas, disposición que afecta la liquidación de la pensión de vejez para efectos después de determinar cuál va a hacer el monto de la pensión de sobrevivientes a la que sería beneficiaria la señora Doris; razones por las cuales, solicitó MODIFICAR la decisión de primera instancia en el sentido de que la pensión que se va a reconocer al señor Gerson en vida era la especial de vejez por deficiencia y no la de invalidez.

V. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

El apoderado judicial de COLPENSIONES ratificó en todas sus partes el recurso de apelación, resumiendo, que el señor GERSON DURAN RICO estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde el 16 de julio de 1986, falleció el 17 de mayo de 2018 contrajo nupcias con DORIS DE LA CRUZ PEÑA DE DURAN y procrearon 5 hijos. Que mediante resolución SUB 170117 del 24 de agosto de 2017 negó el reconocimiento de una pensión de invalidez por no cumplir con los requisitos mínimos de la ley 860 de 2003. Que con ocasión al fallecimiento del señor GERSON DURAN RICO, solicitó pensión de sobreviviente la señora DORIS DE LA CRUZ PEÑA DE DURAN en calidad de cónyuge que produjo la resolución SUB 159820 de 20 de junio de 2019 en la que se reconoció la pensión solicitada con el respectivo pago de retroactivo. Esta resolución reconoce que el causante dejo cotizadas 1.361 semanas que hicieron

parte de la liquidación y se aplicó el parágrafo 1º del art. 12 de la Ley 12 de la Ley 797 de 2003.

Una vez cumplido el término, se procederá a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

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

Previo a formular el problema jurídico, se hace preciso aclarar que **no existe discusión en los siguientes hechos:** (i) que el señor Gersón Durán Pico nació el 15 de agosto de 1956 y desde el 16 de julio de 1986 al 30 de junio de 2009 aportó al sistema pensional con el sector público en CAJANAL y desde el 1º de agosto de 2009 hasta el 2 de enero de 2013 cotizadas a COLPENSIONES para un total de 1361 semanas (fls.27-37 PDF02); (ii) que el 22 de junio de 2017 la JRCI de Norte de Santander emitió el dictamen No.720/17 en el que declaró al señor Gerson Durán Pico con PCL del 59.78% con una deficiencia del 37.68%, por enfermedades de origen común con fecha de estructuración del 29 de marzo de 2017 (fls.10-18 PDF02); (iii) que el 11 de agosto de 2017 el afiliado solicitó ante la administradora demandada, la pensión anticipada de vejez por invalidez (sic) (fl.9 PDF02); (iv) que COLPENSIONES negó el reconocimiento de la prestación anterior mediante resoluciones SUB 170117 notificada el 29 de agosto de 2017, SUB 99209 notificada el 19 de abril de 2018, DIR 9089 notificada el 15 de mayo de 2018, con el argumento de que no reunía las 50 semanas en los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez (fls.182, 203-207, 208-214, 222-228 PDF19); (v) que no tenía 50 semanas aportadas en los últimos tres años anteriores a dicha estructuración, ni 26 en el último, exigidas por las leyes 860 de 2003 y 100 de 1993, respectivamente; (vi) que el 17 de mayo de 2018 falleció el señor Gerson Duran (fl.42 PDF19), (vii) igualmente, no tenía 50 semanas aportadas en los últimos tres años anteriores al fallecimiento, exigidas por las leyes 797 de 2003 y 100 de 1993, respectivamente; (viii) que la única beneficiaria de la prestación de sobrevivientes dejada por el señor Gerson Duran es la demandante Doris de la Cruz Peña en calidad de cónyuge supérstite. (ix) que el 8 de mayo de 2019 la demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con fundamento en el parágrafo 1º del art. 12 de la Ley 797 de 2003, prestación que fue reconocida mediante la resolución SUB 159820 notificada el 02 de julio de 2019, liquidada con un IBL de \$1.299.532 con tasa de

reemplazo del 52.94% lo que arrojo como mesada pensional para el 2018 de \$828.116 junto con el retroactivo pensional; (viii) que la demandante solicitó el reconocimiento del auxilio funerario y fue negado por COLPENSIONES mediante resolución SUB 276594 notificada el 10 de octubre de 2019 (fl.183 PDF19). Por último, (ix) la demanda fue presentada el 7 de agosto de 2020 (PDF04).

Problema Jurídico.

De conformidad con lo expuesto, considera la Sala que el objeto de la litis se reduce a establecer si el causante GERSON DURAN PICON dejó causada la pensión de sobrevivientes en calidad de afiliado como lo resolvió COLPENSIONES en consideración a lo previsto en el parágrafo 1º del art. 12 de la Ley 797 de 2003, o si por el contrario, para el momento del fallecimiento reunía la calidad de pensionado por invalidez de origen común según lo previsto en la Ley 860 de 2003 como lo determinó el Juez A quo, o en su defecto, si el causante reunía la calidad de pensionado por cumplir con los requisitos previstos en el parágrafo 4º de la Ley 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por el art. 9º de la Ley 797 de 2003, esto es, pensión anticipada de vejez por deficiencia como lo consideró el Ministerio Público.

Así mismo, esclarecido lo anterior, es menester verificar si le asiste razón a la demandante, sobre liquidar la pensión con una tasa de reemplazo del 80% del IBL, al pago del retroactivo pensional en vida a favor de la masa sucesoral del causante y a la reliquidación de la mesada pensional de sobrevivientes; por último, se determinará si es procedente el pago del auxilio funerario.

Sea lo primero resaltar que, independientemente de la calificación que realicen las partes de los hechos y la normatividad aplicable, es al Juez a quien le corresponde adecuar las consecuencias jurídicas de los supuestos fácticos acreditados, con fundamento en el principio universal que rige la estructura dialéctica del proceso y que reza: ‘*Venite ad factum. Iura novit curiae*’, en concordancia con lo dispuesto en el art. 281 del CGP, tal como lo señaló la CSJ Sala de Casación Laboral en la sentencia SL17741 del 11 de noviembre de 2015: “

“...la calificación jurídica contenida en el petitum de la demanda, si bien puede ser relevante para la delimitación de la acción intentada, no desconoce el deber del juzgador de resolver la controversia con base, además del examen de las pruebas, en «los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen», tal cual lo ordena el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos del trabajo por la remisión de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, lo que es tanto como decir que al juez compete resolver la controversia en conformidad con las normas que

la regulan, a pesar de que no hayan sido citadas o acertadamente alegadas por las partes, por no estar el juzgador atado a éstas, sino, se repite, sólo a sus alegaciones fácticas”.

En este sentido, se verificará en primer lugar, las normas que regulan la presunta condición de pensionado, para lo cual, se descartará del debate jurídico, la aplicación del art. 1º de la Ley 860 de 2003 que prevé la pensión de invalidez por origen común, disposición que erróneamente adecuó el Juez A quo para resolver el conflicto, porque si bien es cierto el señor Gerson Duran Pico en vida fue calificado por la JRCI como inválido, también lo es que para el momento del fallecimiento el 17 de mayo de 2018, no cumplía con el requisito mínimo de semanas, esto es, las 50 semanas en los 3 años anteriores al óbito, de la misma forma, no era procedente dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa ya que la fecha de estructuración fue del 29 de marzo de 2017, esto es, no ocurrió entre el 26 de diciembre 2003 e igual calenda de 2006 (sentencias SL-2358/17, SL647/22 entre otras); como tampoco, concluir como erradamente lo hizo el A quo, que al gozar de 1361 semanas de cotización no le eran exigibles las semanas mínimas de la norma, interpretación que no es acertada y está en contravía de toda lógica jurídica.

Por esta razón, COLPENSIONES en instancia administrativa acertó al determinar que el afiliado no era beneficiario de la pensión de invalidez, sin embargo, omitió estudiar la llamada PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR DEFICIENCIA FÍSICA, SÍQUICA O SENSORIAL, pretensión que el señor Gerson Duran reclamó y que se encuentra regulada en el parágrafo 4º de la Ley 100 de 1993 modificada por el art. 9º de la Ley 797 de 2003, que no puede confundirse con la pensión de invalidez, pues esta última es una prestación completamente diferente, que no ampara al afiliado por encontrarse en determinada edad, sino que lo hace al verse afectado en un 50 % o más de su condición física por una merma profunda en su capacidad laboral, disminución que se calcula con los criterios señalados en el Manual Único de Calificación de Invalidez (deficiencia, minusvalía y discapacidad), y exigiéndole apenas contar con 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha en que se estructuró tal pérdida de capacidad laboral.

El inciso 1º del parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, es del siguiente tenor:

ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

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:

[...]

PARÁGRAFO 4o. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.

La mencionada norma regula una pensión especial que no se requiere que el afiliado tenga la condición de inválido con un porcentaje igual o superior al 50% de la PCL, pues sólo es observable el concepto de deficiencia, ya sea física, síquica o sensorial del 50%, calculado como se indicó en la sentencia proferida por la Corte Constitucional T-007-2009, **que se traduce a un mínimo del 25% de disminución funcional**, tal y como lo prevé en el mismo sentido la Jurisprudencia de la H. Sala Laboral de la CSJ en sentencias SL1037-2021, SL2681-2021 y SL618-2022 entre otras, entendiéndose por deficiencia como « uno de los criterios para la calificación integral de la invalidez, junto con la discapacidad y la minusvalía. Y que cada uno de estos criterios tiene un puntaje máximo, y la sumatoria de todos ellos determina la pérdida de la capacidad laboral de la persona».

En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada CC T-007-09 Y reiterada en la CC T-384-15, traída a colación por la CSJ en sentencia SL083/2020 expone que:

Ahora bien, debe tomarse en consideración que los porcentajes asignados a la deficiencia de Raimundo Emiliani Valiente tuvieron como referente normativo lo dispuesto en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez (Decreto 917 de 1999), de acuerdo con el cual la deficiencia física, psíquica o sensorial de una persona puede recibir un porcentaje máximo de 50. De tal suerte, según el Decreto 917 de 1999, es imposible jurídicamente que la deficiencia de una persona sea calificada con un porcentaje superior al 50. Pero, así las cosas, el fragmento que a continuación se subraya del parágrafo 4°, artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que consagra la pensión anticipada de vejez, nunca podría tener aplicación o producir efectos:

“Art. 33.- (...) Parágrafo 4°. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993” (Subrayas añadidas).

Esa, ciertamente, es una forma de interpretar los porcentajes atribuidos a la deficiencia, que contraviene el principio interpretativo del efecto útil de las normas. Ese precepto indica –como lo ha definido la Corte Interamericana de Derechos Humanos– “que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable”.

Por otra parte, semejante forma de interpretar los porcentajes, supondría que una norma de rango infralegal –como el Decreto- tiene la virtualidad de privar de efectos a la Ley, y de subvertir la competencia preferente del legislador en la regulación de la seguridad social, que viene dispuesta por la Carta cuando dice que “[l]a seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley” (Subrayas añadidas al artículo 48, C.P.).

Así, los porcentajes atribuidos en el contexto del Decreto 917 de 1999 deben interpretarse en el sentido de que todos los términos de la Ley 100 de 1993, artículo 33, parágrafo 4°, produzcan efectos. Esto se logra si se postula que, cuando una deficiencia reciba el porcentaje máximo establecido en el Decreto, debe entenderse, para efectos de establecer si una persona tiene derecho a la pensión anticipada de vejez, que fue calificada con el 100%. En consecuencia, si en el contexto de la calificación de la invalidez, a la deficiencia de una persona se le asigna un porcentaje de 25 o más, quiere decirse con ello que reúne la condición exigida por el artículo 33, parágrafo 4° de la Ley 100 de 1993, de contar con una deficiencia igual o superior al 50%.

En ese sentido, dado que los porcentajes asignados a la deficiencia del señor Raimundo Emiliani Valiente en los exámenes del 10 de julio de 2006 y del 12 de abril de 2007 superan el 25% en el contexto de la calificación de la invalidez, eso significa, en el contexto de la calificación exclusiva de la deficiencia, una deficiencia superior al 50%.

El segundo presupuesto que exige la norma, es contar con un mínimo 55 años de edad y tercero, exige haber cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social.

Queda claro que, en desarrollo del principio de universalidad del sistema general de pensiones, el literal f) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 consagró la posibilidad de sumar y darle valor a todas «las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio».

Caso en concreto.

Descendiendo al caso estudiado, se tiene que respecto al presupuesto de la DEFICIENCIA, según el dictamen No.720/17 de la Junta Regional de Calificación de Norte de Santander, dentro de la calificación de invalidez del señor Gerson Duran, por el criterio de deficiencia se le otorgó un 37.68%, lo que quiere decir, de acuerdo con lo ya explicado en precedencia, que dicha disminución física es superior al 50%, cumpliendo así con lo dispuesto en parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1.993.

Con relación al requisito de la edad, se observa que el causante nació el 15 de agosto de 1956, por lo que, a la fecha de estructuración de la enfermedad, esto

es, el día 29 de marzo de 2017 contaba con más de 55 años de edad; por último, de conformidad con el expediente administrativo del señor Duran Picón aportado con la contestación de la demanda, se observa que, en la historia laboral expedida por COLPENSIONES y actualizada el 27 de abril de 2019, desde el 16 de julio de 1986 al 30 de junio de 2009 cotizó con el sector público al prestar sus servicios en el INPEC, periodo que fue contabilizado según certificación de vinculación laboral para bonos pensionales y pensiones a CAJANAL y desde el 1º de agosto de 2009 hasta el 2 de enero de 2013 cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES para un total de 1361 semanas (fls.27-37 PDF02), tiempo que se considera acumulado en su totalidad, como se analizó en renglones anteriores respecto a lo previsto en los art. 13 y 33 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, de conformidad con los antes expuesto, resulta evidente que GERSON DURAN PICO dejó causada la pensión anticipada de vejez por deficiencia, a partir del 29 de marzo de 2017 (fecha de la estructuración según dictamen No. 720/17), pues cumplió con los tres requisitos establecidos en la norma, esto quiere decir que, el problema jurídico quedará resuelto a favor de la demandante, pero parcialmente, puesto que, el retroactivo pensional desde el 29 de marzo de 2017 hasta el 16 de mayo de 2018 será trasladado a la masa sucesoral del causante.

Bajo estas circunstancias, no le asiste razón la administradora demandada COLPENSIONES cuando omitió realizar el análisis de la pensión anticipada de vejez por deficiencia a favor de Gerson Duran Pico en vida y reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante con fundamento en el parágrafo 1º del art. 46 de la Ley 797 de 2003, luego entonces, se procederá a calcular el monto real de la prestación.

En tal sentido, se tiene que el **IBL** calculado por COLPENSIONES y sobre el cual no hubo desacuerdo entre las partes, fue liquidado conforme a lo previsto en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, de toda la vida laboral, arrojando la suma de \$1.299.532 para el año 2018, teniendo en cuenta que la última cotización reportada en el sistema fue del 02 de enero de 2013, luego entonces, el 29 de marzo de 2017 el IBL correspondiente es de \$1.251.042, conforme a la siguiente liquidación:

Cálculo de Cantidad Única Desindexada				
	AÑO	*MES		
Liquidado Desde:	2017	03	IPC - Inicial	95,46
Fecha Final:	2018	05	IPC - Final	99,16
Capital:			\$ 1.299.532,00	
VALOR DESINDEXADO			\$ 1.251.042,00	

Ahora bien, respecto al MONTO o la TASA DE REEMPLAZO para la pensión anticipada de vejez por deficiencia, se tiene que, al estar incluida la pensión anticipada de vejez por invalidez en el Capítulo II de la Ley 100 de 1993, el cual regula única y exclusivamente la pensión de vejez, no puede llegarse a otra conclusión sino que dicha prestación está sometida a todos los presupuestos normativos que aluden a la pensión de vejez, salvo los requisitos expresamente exceptuados en el Parágrafo 4º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, como lo son la edad y la densidad de semana cotizadas para causar el derecho pensional, lo que de contera impide acudir a otro precepto normativo distinto a efectos de establecer la tasa de reemplazo.

Así las cosas, conforme la integración normativa dispuesta en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, al tratarse de una clase de pensión de vejez, debemos remitirnos a lo previsto en el art. 34 ibidem, el cual dispone que, el monto de la pensión de vejez, correspondientes a las primeras 1000 semanas de cotización, será el equivalente a la formula prevista de: $r: 65.50-0.50 (s)$, y a partir del 2005 en adelante, por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas (para la pensión anticipada de vejez por deficiencia las mínimas corresponden a 1000), el porcentaje se incrementará 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80% y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización.

De tal manera que, en aplicación a la fórmula prevista en la norma, al reemplazar los datos arroja un resultado de:

IBL: \$1.251.042
SMMLV 2017: \$737.717
Para el 2017 corresponde a 1.7 salarios mínimos legales vigentes
Semanas cotizadas: 1361

R: $65.50-0.50 (1.7)$
R: $65.50-0.85$
R: 64.6

Iniciará el monto de la mesada pensional en un **64.6%**, que se incrementará en un 1.5% por cada 50 semanas adicionales, calculado de la siguiente manera:

semanas	Monto
1000	64,60
1050	66,10
1100	67,60
1150	69,10
1200	70,60
1250	72,10

1300	73,60
1350	75,10

Así las cosas, al determinarse que la tasa de reemplazo es la indicada en el art. 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, se tiene que, una vez realizados los cálculos con el IBL para el año 2017 de \$1.251.042 por el 75.10% -por 1361 semanas-, daría una mesada para 2017 de \$939.532 superior a un salario mínimo legal para el año 2017 y al calcular el retroactivo pensional desde el 29 de marzo de 2017 hasta el 17 de mayo de 2018 da un total de **\$13.891.368.96** valor que deberá pagar COLPENSIONES a favor de la MASA SUCESORAL del causante GERSON DURAN PICO, junto con la INDEXACIÓN para la fecha del pago total de la deuda.

DESDE		HASTA		Incremento	MESADAS
				Pensional Art. 14 L100	
Año	Mes	Año	Mes		
2017	03	2018	05		\$62.635,47
2017	04	2018	05		\$939.532,00
2017	05	2018	05		\$939.532,00
2017	06	2018	05		\$939.532,00
2017	07	2018	05		\$939.532,00
2017	08	2018	05		\$939.532,00
2017	09	2018	05		\$939.532,00
2017	10	2018	05		\$939.532,00
2017	11	2018	05		\$939.532,00
2017	12	2018	05	4,09%	\$939.532,00
2017	M14	2018	05		\$939.532,00
2018	01	2018	05		\$977.958,86
2018	02	2018	05		\$977.958,86
2018	03	2018	05		\$977.958,86
2018	04	2018	05		\$977.958,86
2018	05	2018	05		\$521.578,06

Total Mesadas
\$13.891.368,96

Resuelto lo anterior, será procedente de igual forma, a RELIQUIDAR la mesada pensional de sobrevivientes a favor de la demandante DORIS DE LA CRUZ PEÑA DE DURAN, conforme a la mesada pensional devengada por el causante, no así, como fue solicitado en la demanda inicial, quien pretendía el 80% del IBL según lo previsto en el inciso 2º del párrafo 1º del art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 12 de la Ley 797 de 2003, argumento que no es acertado, en primer lugar, porque la disposición trata de los causantes afiliados que no hayan cumplido con el mínimo de semanas anterior al fallecimiento, y

según lo resuelto anteriormente, el Gerson Duran Pico gozaba de la condición de pensionado para el momento del óbito; en segundo lugar, lo pretendido por la demandante atenta contra el principio de inescindibilidad que precisamente, proscribe la posibilidad de aplicar parcialmente una norma y otra para elegir de cada una la que resulta más beneficiosa.

Luego entonces, teniendo en cuenta que la pensión de sobrevivientes fue reconocida desde el 17 de mayo de 2018 por un valor de \$781.242 y el valor para ese año es de \$977.958.86, el restante arroja un total de \$196.716.86 suma sobre la cual, se reconocerá el excedente a favor de la demandante para el 2018 y de la misma forma para los años posteriores de conformidad con el reajuste anual previsto en el art. 14 de la Ley 100 de 1993.

PAGADO 2018	MESADA REAL 2018	EXCEDENTE DEBE	VALOR DÍA	18 MAYO-31 DICIEMBRE 2017	TOTAL 2018
\$ 781.242	977.958,86	196.716,86	6.557,22	253	1.658.976,66
PAGADO 2019	MESADA REAL 2019	EXCEDENTE DEBE	VALOR DÍA	1 ENERO HASTA EL 31 DICIEMBRE 2019	TOTAL 2019
\$ 828.116,00	1.009.058,10	180.942,10	6.031,40	390	2.352.247,30
PAGADO 2020	MESADA REAL 2020	EXCEDENTE DEBE	VALOR DÍA	1 ENERO HASTA EL 31 DICIEMBRE 2020	TOTAL 2020
\$ 877.802	1.047.402,30	169.600,30	5.653,34	390	2.204.803,90
PAGADO 2021	MESADA REAL 2021	EXCEDENTE DEBE	VALOR DÍA	1 ENERO HASTA EL 31 DICIEMBRE 2021	TOTAL 2021
\$ 908.526	1.064.265,48	155.739,48	5.191,32	390	2.024.613,24
PAGADO 2022	MESADA REAL 2022	EXCEDENTE DEBE	VALOR DÍA	1 ENERO HASTA 30 JUNIO 2022	TOTAL 2022
\$ 1.000.000	1.124.077,20	124.077,20	4.135,91	180	744.463,20
VALOR TOTAL DE LA DEUDA \$8.985.104,30					

En consecuencia, COLPENSIONES deberá reajustar la mesada pensional de sobrevivientes a favor de la demandante desde el 17 de mayo de 2018 hasta la fecha de la sentencia 30 de junio de 2022, pagando un total de \$8.985.104,30 según el cuadro anterior, que deberá ser indexado a la fecha efectiva del pago; además, la mesada pensional para el año 2022 quedará en la suma de \$1.124.077,20 por 13 mesadas anuales según lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Por otra parte, las disposiciones jurídicas que gobiernan el tema del **auxilio funerario** de origen común para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, son los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993, que establecen que quien demuestre haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado tiene derecho a percibir auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario; y el artículo 18 del Decreto 1889 de 1994 que reglamentó parcialmente la ley 100 de 1993, determinó claramente que en relación con el auxilio funerario contemplado en los artículos 51 y 86 ibidem, se entiende por afiliado y

pensionado la persona en favor de quien se hicieron las cotizaciones que originaron el derecho a la pensión.

En este asunto, la demandante demostró que sufragó los gastos del servicio funerario mediante factura vista a folio 195 PDF19, por un valor de \$4.070.000 y COLPENSIONES negó el pago mediante resolución SUB 276594 notificada el 10 de octubre de 2019 (fls.38-40 PDF 19) argumentando que el causante no contaba con pagos al momento del fallecimiento, excusa no válida jurídicamente para negar el reconocimiento solicitado, requisito que no lo contempla la norma mencionada, además, de conformidad con lo regulado por el artículo 13 del Decreto 692 de 1994 compilado por el artículo 2.2.2.1.2. del Decreto 1833 de 2016 o Decreto Compilatorio de las Normas del Sistema General de Pensiones, *“la afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones”*; por lo que, en esta instancia se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia respecto a la condena a COLPENSIONES a pagar dicho auxilio funerario a favor de la demandante.

De otro lado, la excepción de prescripción no prospera, para la pensión anticipada de vejez por deficiencia, la primera petición fue el 11 de agosto de 2017 y fue resuelta por COLPENSIONES y notificada la respuesta el 24 de agosto de 2017 mediante resolución SUB 17017 (fls.222-228 PDF19), para la pensión de sobrevivientes, el pensionado fallece el 17 de mayo de 2018, la reclamación administrativa fue el 8 de mayo de 2019 y la demanda ordinaria laboral según acta de reparto fue presentada el 7 de agosto de 2020 (PDF04), lo cual indica que no supera los 3 años previstos en los art. 488 del CST y 151 del CPT y SS.

No se condenará en costas en segunda instancia, al prosperar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el fondo de pensiones demandado.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 29 de julio de 2021, en su lugar, **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión anticipada de vejez por deficiencia a favor de la masa sucesoral del fallecido GERSON DURAN PICO, correspondiente al

retroactivo pensional desde el 29 de marzo de 2017 hasta el 16 de mayo de 2018 en la suma de **\$13.891.368.96**, junto con la INDEXACIÓN para la fecha del pago total de la deuda, teniendo en cuenta que, el IBL y la tasa de reemplazo para liquidar la mesada pensional se rigen por los arts. 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, teniendo como valor inicial de la pensión la suma mensual de **\$939.532** para el año 2017 ajustada conforme lo prevé el art. 14 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: MODIFICAR el ORDINAL SEGUNDO de la misma sentencia, en el sentido de CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar las diferencias de la RELIQUIDACIÓN de la mesada pensional de sobrevivientes a favor de la señora DORIS DE LA CRUZ PEÑA DE DURAN desde el 17 de mayo de 2018 hasta la fecha de la sentencia 30 de junio de 2022, para un total de **\$8.985.104,30**, valor que deberá ser indexado a la fecha efectiva del pago; además, fijar la mesada pensional para el año 2022 quedará en la suma de \$1.124.077,20 por 13 mesadas anuales según lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

TERCERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 29 de julio de 2021.

TERCERO: NO CONDENAR en costas en esta instancia.

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. 068, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2.022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2021-00191-01
RADICADO INTERNO:	19.789
DEMANDANTE:	RODOLFO MARTIN CARRILLO VARGAS
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 24 de marzo de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

El señor RODOLFO MARTIN CARRILLO VARGAS por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PROTECCIÓN S.A, solicitando que por la indebida y nula información que le suministró el Fondo, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el RPMPD sin solución de continuidad. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó de COLPENSIONES a PROTECCIÓN y se le ordene a estas entidades realizar todas las gestiones administrativas pertinentes, debiendo trasladar la AFP la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual (bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por conceptos de aportes obligatorios y rendimientos) a la Administradora del RPMPD, entidad que una vez reciba los aportes debe reactivar su afiliación, además de corregir y actualizar su historia laboral.

Como pretensiones subsidiarias solicitó que se declare inexistente el acto por medio del cual se trasladó del RPMPD al RAIS, por lo que resulta a su vez inexistente la afiliación a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia, se declare para todos los efectos jurídicos que siempre ha permanecido en el RPMPD sin solución de continuidad.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que nació el 13 de octubre de 1.963 y ha laborado para diferentes empleadores.
- Que estuvo afiliado al RPMPD desde julio de 1.993 hasta abril de 1.996.
- Que en abril de 1.996 se trasladó al RAIS suscribiendo formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA y en mayo de 1.999 se afilió a PROTECCIÓN. Que ha permanecido en dicho régimen y reúne un total de 1.196,01 semanas cotizadas durante toda su vida laboral.
- Que el traslado de régimen se hizo por considerar que era beneficioso y para realizar el mismo, no recibió información técnica y adecuada, pues su asesor no

contaba con un título, ni formación profesional o capacitación adecuada y en ningún caso le advirtió de los riesgos que existían al trasladarse de régimen, ni que el monto de la pensión podría ser inferior a la del RPMPD, o que eventualmente no se podría pensionar por capital insuficiente, ni que el valor de la pensión depende de la modalidad que se escoja o cuales eran estas modalidades, tampoco le informó que la negociación del bono pensional implica un importante sacrificio financiero o que era un bono pensional, ni cómo funciona financieramente el fondo privado y no se le puso en conocimiento el derecho a retractarse como lo estipula el Decreto 1161 de 1.994.

- Que, aunado a lo anterior, fue engañado pues le afirmaron que la condición pensional sería mucho más ventajosa, el RPMPD desaparecería, su pensión sería mejor, en ningún caso su situación sería desventajosa frente a la del RPMPD, solo tenía que firmar un documento y podría esperar una pensión anticipada.

- Que el 06 de abril de 2.021 por intermedio de su apoderado judicial, presentó derecho de petición ante la AFP PROTECCIÓN, solicitando que se realizara la doble asesoría y se aceptara la solicitud de traslado como cotizante del RAIS al RPMPD. Que el 15 de abril de 2.021 recibió respuesta negativa por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

- Que realizó la misma solicitud ante COLPENSIONES el 24 de febrero 2.021 y con oficio del día 25 del mismo mes y año, se dio respuesta negativa, con lo que se agotó la vía gubernativa.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que admitía la fecha de nacimiento del demandante y el tiempo de su afiliación al RPMPD, igualmente, que el 24 de febrero de 2.021 el actor solicitó a esa entidad la doble asesoría y el traslado de régimen, y esa entidad emitió respuesta negativa. Respecto a los demás hechos indicó que no le constan.

- Indicó que se opone a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, a las pretensiones principales y subsidiarias, teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado por el demandante al RAIS, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial.

- Que se evidencia la manifestación libre y voluntaria del demandante de permanecer al régimen de ahorro individual con solidaridad y la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad. Que no se encuentra en el acervo probatorio elemento alguno que permita dar cuenta que, se presentó una falta de información por parte del fondo privado al momento de llevarse a cabo la suscripción del formato de afiliación al RAIS.

- Expuso que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.

- Que a pesar de que los fondos privados trasladen a esa entidad la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que el actor permaneció afiliado al mismo, se genera una afectación al sistema pensional por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el periodo de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia, y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas. Que, según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría y destacó que el derecho a

trasladarse no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

- Que el demandante actualmente cuenta con 60 años de edad, faltándole menos de 10 años para tener derecho a la pensión de vejez y, por lo tanto, no es posible trasladarse de régimen pensional.

- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que en concordancia con el artículo 167 del C.G.P. y la jurisprudencia, corresponde a la parte demandante probar la supuesta indebida y engañosa información que brindó el fondo privado y que se alega en la demanda o al fondo privado le corresponde probar que brindó la información y los elementos necesarios para que la demandante pudiera adoptar una decisión adecuada.

- Solicita no acceder a condena en costas ni intereses moratorios ya que esa entidad no participó en el acto que se declara nulo y/o ineficaz, y el sustento de la decisión guarda relación con una conducta desplegada por un tercero ajeno.

- Propuso las excepciones de mérito de: buena fe, inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, prescripción, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, no procede la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional en los casos en que la parte demandante se trate de una persona que ya se encuentre pensionada en el régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades y la innominada o genérica.

Por auto del 20 de octubre de 2.021 el Juzgado de primera instancia aceptó la contestación de la demandada realizada por COLPENSIONES y tuvo por no contestada la demanda por parte de PROTECCIÓN por haber presentado contestación a la misma de forma extemporánea.

En providencia de fecha 24 de noviembre de 2.021 el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito ordeno la vinculación del fondo COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A.

La demandada AFP PORVENIR al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó:

- Que no le constan los hechos, que los mismos deben probarse y las pretensiones de la demanda deben negarse.

- Que el traslado inicial del RPM al RAIS se realizó conforme y no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y de acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial.

- Que sus funcionarios ejercen su labor de asesoría que se concreta a partir de la información suministrada por las personas que manifiestan su interés de vincularse a ese fondo de pensiones, que se expresa mediante el diligenciamiento y firma del correspondiente formulario suscrito en su momento, el cual da fe con firma manuscrita del demandante que su traslado fue libre y espontáneo, y que recibió la información pertinente. También expresó que, al firmar el formulario de afiliación a una Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones, el demandante se acogió a las normas y disposiciones legales contempladas para el RAIS, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Reglamentario 692 de 1994.

- Que además de los canales dispuestos por la Administradora y los extractos trimestrales, en el año 2004 realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, informando la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en las normas y la demandante no hizo uso de ese legítimo derecho.

- Que el perfil profesional y experiencia del demandante, hacen que tenga nociones en el asunto y un alto nivel de diligencia en las decisiones que deba tomar en su vida profesional y personal. Que el actor realizó traslados inter regímenes que

son actos de relacionamiento de acuerdo con sentencias de la Sala Laboral-CSJ- que convalidan el traslado y demuestran la vocación de conocimiento y permanencia en el RAIS.

- Que se opone a las pretensiones subsidiarias por cuanto no se acreditan los elementos de la responsabilidad civil y de estarlos, esa entidad debe ser absuelta.

- Que el actor se limita en un relato difuso e impreciso a endilgarle responsabilidad a PORVENIR, sin sustento probatorio alguno. Igualmente indicó que tan consiente y válida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección, y no lo hizo.

- Que, al momento de realizarse la afiliación o traslado a esa entidad, existía disposición en la ley 100 de 1993, que regulara expresamente la forma en que se debía dar asesoría para el cambio de régimen.

- Que debe considerar el despacho que el demandante después de muchos años demanda la nulidad de su traslado, cuando durante ese lapso, ya existía información decantada y accesible al público en general acerca de las diferencias e implicaciones de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional y además, se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen, del art. 2 de la ley 797/2003, pues se encuentra a menos de 10 años de la edad de pensión, lo que evidencia conformismo o en el peor de los casos, desidia sobre el asunto, no puede ahora alegar su propia torpeza.

- Que el demandante no acredita 15 años cotizados antes del 1º de abril de 1994 o 30 de junio de 1995, en consecuencia, no puede trasladarse en cualquier tiempo, pues le es aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003.

- Que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación, que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión y para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

- Que de acceder a las suplicas de la demanda, según la jurisprudencia es una carga del afiliado el cumplimiento del requisito de equivalencia, lo que implica que debe asumir la carga económica para subsanar las diferencias y lograr que se produzca el traslado entre regímenes.

- Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la Sentencia del 24 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante RODOLFO MARTIN CARRILLO VARGAS, C.C. 13.469.808, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES S.A., al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., en fecha del traslado SEGÚN SOLICITUD 199608 según DEMANDA ANEXOS folio 32 INICIO COTIZACIONES DOC PDF, y a partir del año 99 mes 05 CON PROTECCIÓN S.A., FOLIO 34 DOC PDF hasta el 2020 mes 03, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo pensional PORVENIR S.A., determinante del traslado, al igual que a PROTECCIÓN S.A., entidad última donde se encuentran hoy los recursos aportados por la parte demandante, devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, y a favor de la actor, todos los valores que hubiere recibido desde el TRASLADO Y HASTA EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA PRESENTE SENTENCIA, la entrega de todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales DE HABERSE COBRADO, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales (artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993), precisando que ESTOS DESCUENTOS HECHOS A LA COTIZACIÓN, son de cargo del fondo pensional Porvenir S.A., la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a las cotizaciones hechas a nombre de la parte demandante por los conceptos precitados desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos EN SU TOTALIDAD a COLPENSIONES S.A., DEBIDAMENTE INDEXADOS, por haber sido el determinador del traslado de régimen, todo conforme a lo considerado. Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

TERCERO: DECLARAR que la parte demandante para efectos pensionales se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción por la pasiva y sobre las demás propuestas hay declaración ínsita conforme a lo considerado.

QUINTO: DECLARAR la buena fe de la pasiva, no obstante, no es suficiente por si sola para enervar el derecho de la parte demandante.

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES S.A., a recibir el capital pensional procedente del fondo privado PORVENIR S.A, y PROTECCION S.A., con todos sus frutos, intereses, rendimientos etc., y a favor de la parte demandante, INCLUYENDO LOS DESCUENTOS HECHOS INDEXADOS DESDE LA GENESIS DEL TRASLADO Y HASTA QUE SE DEVUELVAN, traducirlos para COLPENSIONES en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizó, todo conforme a lo considerado.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a favor de la parte demandante RODOLFO MARTIN CARRILLO VARGAS, y a cargo de la pasiva PORVENIR S.A., se fijan las agencias en la suma de 2 s.m.l.m.v., que ascienden a \$2.000.000 y \$ 1 millón de pesos frente a PROTECCIÓN S.A., quien no fue la determinante del traslado de régimen. Se absuelve a COLPENSIONES S.A., quien es vinculado al proceso para garantizar una sentencia integral y necesariamente tiene que defender su patrimonio con la oposición, ajena la entidad a estos traslados. Fundamento artículo 365 numeral 1. ° del CGP en concordancia con el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 05 de 2016 artículo 5. °, valor que se tendrán en cuenta para integrar al concepto de costas cuando se liquiden.

OCTAVO: ORDENAR el grado jurisdiccional de CONSULTA artículo 14 ley 1149 de 2007 frente a la obligación impuesta a COLPENSIONES S.A., conforme a lo considerado.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el litigio se fijó en declarar la ineficacia del traslado del demandante del RPMPD al RAIS, y como consecuencia se ordene que siempre ha permanecido en este último sin solución de continuidad, así como en determinar sobre el traslado de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual (bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por conceptos de aportes obligatorios y rendimientos) a COLPENSIONES, y si esta entidad debe reactivar su afiliación, además de corregir y actualizar su historia laboral.

- Que los hechos que se debaten son que el actor nació el 13 de octubre de 1.963, ha laborado para diferentes empleadores, estuvo afiliado al RPMPD desde el mes de julio de 1.993 al mes de abril de 1.996, mes en que por no recibir información técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA y en mayo de 1.999 a la AFP PROTECCIÓN, trasladándose al RAIS donde permanece, teniendo un total de 1.196,01 semanas cotizadas durante toda su vida laboral. Que el 06 de abril de 2.021 el demandante presentó ante PROTECCIÓN S.A. solicitud de doble asesoría y traslado al RPMPD, lo que respondió de forma negativa esa entidad el 15 de abril de 2.021 por encontrarse a menos de 10 años para cumplir edad pensional y que en el mismo sentido presentó derecho de petición a COLPENSIONES el 24 de febrero de 2.021, recibiendo respuesta negativa del 25 de febrero de 2.021, alegándose con esto vía gubernativa.

- Señaló que al haber presentado el actor una negativa indefinida la carga de la prueba se traslada a la parte demandada.

- Que los traslados de fondos entre el mismo régimen no están exentos de cumplir con la información, pero responden a las mismas características que ya le han sido informadas al potencial trabajador a trasladar. Que la directriz jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado de régimen, cuando se ha pecado en la falta o irregularidad en el cumplimiento de los requisitos, como lo es el de la información necesaria, oportuna y transparente que afecta la decisión libre para trasladarse, es la que conduce a la ineficacia del traslado de régimen, lo que trae como consecuencia la devolución de los aportes sin ningún descuento al régimen inicial de donde se parte para el traslado.

- Que el ejercicio del derecho de informarse para tomar una decisión del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, de desconocerse esa libertad y esa información, si la viola el empleador puede ser objeto de sanciones según el inciso 1. ° del artículo 271 ibídem. Que en el presente caso se señala el traslado en abril de 1.996 al RAIS estando en el ISS, a través de COLPATRIA, iniciando a cotizar con esta entidad en el mes 08 de 1.996 según anexos de la demanda y en el año 1.999 comienza con PROTECCIÓN.

- Sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional citó como relevante la sentencia SL4360 de 2.019, proceso N° 68852, Magistrada Ponente la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en donde se menciona que esta es la sanción que la ley impone a la afiliación desinformada. Que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico es la ineficacia, por ello el examen de cambio de régimen pensional por trasgresión al deber de información debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades, en atención que así lo consagra el artículo 271 de la Ley 100 de 1.993.

- Resaltó que de acuerdo al artículo 97 inciso 1. ° del Decreto 663 de 1.993 y la Sentencia SL1452 del 2019, para el año 1.996 en que se produce las nutaciones imperaba la obligación del suministro de una información necesaria y transparente. Que la jurisprudencia desde el año 2.008 habla sobre una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, así como de la inversión de la carga de la prueba.

- Que la defensa establece que en el momento la norma solo exigía los formularios como requisito para el traslado, lo que es verdad según los Decretos, pero el legislador tenía establecido un actuar transparente en los términos del artículo 272 de la Ley 100 de 1.993 para que operaran los fondos y dieran la información. Que ha dicho la norma que el formulario no prueba la información que tenía que darse al potencial afiliado en su momento. Que en sentencia 31989 del 2.008 que ha sido reiterada, les correspondía a las AFP probar que se dieron las explicaciones debidas sobre el cambio de régimen y ello no se cumplió, lo que era necesario para que el afiliado tomara una decisión libre y espontánea y de no hacerlo conlleva a la ineficacia que consiste en la orden de que todo ese aporte que ha hecho el afiliado a los fondos privados tenga que devolverse sin ningún descuento y con los frutos y rendimientos con destino a COLPENSIONES, porque ha señalado la jurisprudencia que se mantuvo una afiliación ficta y siempre estuvo afiliado al RPMPD.

- Que el Despacho no acepta la tesis de la conducta pacífica de los afiliados que se han mantenido en los fondos privados por años como una aceptación, sobre el tema la SL 1661 del 22 de febrero de 2021, radicado 82136, M.P. Dra. Ana María Muñoz Segura de la Sala de Descongestión, ha señalado que la ineficacia que afecta la génesis del traslado no acepta un saneamiento futuro. Que accede a lo pretendido por la demandante con la devolución de todos los valores recibidos con ocasión a su afiliación junto con los rendimientos producidos sin realizar descuento alguno, de acuerdo a línea jurisprudencial SL31989 del 2008, SL 1421 del 2019, artículos 102 y 103 de la Ley 100 de 1993 y artículo 16 del Decreto 692 de 1994. Preciso que no existe elemento probatorio de certeza de la afectación financiera de COLPENSIONES frente al traslado que se ordena.

- En cuanto a la excepción de prescripción señaló que las pretensiones declarativas no prescriben como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Que la buena fe de las pasivas se presume.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada COLPENSIONES

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que hay varios elementos que demostraron que no hubo indebida, insuficiente información o cualquier tipo de engaño al momento de realizarse el traslado de régimen por parte del demandante, ya que del interrogatorio de parte se evidencia que el actor sí recibió información al momento de trasladarse al RAIS ya que manifestó que llegaron a su lugar de trabajo y les hablaron de las ventajas del régimen y que el ISS se iba a acabar, firmando a su vez el formulario de afiliación.

- Que respecto a los actos de relacionamiento es importante tener en cuenta que el demandante permanece en el RAIS por más de 20 años, no realizó averiguación alguna respecto a sus condiciones pensionales y firmó el formulario de afiliación con total consentimiento, resaltando que realizó traslados horizontales dentro del RAIS, lo que demuestra conocimiento de las condiciones de este fondo.

- Que la mayor inconformidad con la decisión adoptada radica en que se concede la ineficacia pretendida aun cuando el deseo del traslado a COLPENSIONES está basado únicamente en el monto pensional a recibir pues no se hace alusión a una falta del deber de información al momento del traslado, por lo que esta no queda demostrada.

- Que la declaratoria de ineficacia conlleva el menoscabo de los derechos de COLPENSIONES pues con el posterior cumplimiento de los requisitos legales sería la obligada a reconocer beneficios pensionales al demandante.

3.2 De la parte demandada PORVENIR

La apoderada de PORVENIR interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que la sentencia se debe revocar pues de acuerdo con el artículo 964 del Código Civil, como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir, por lo que se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones de acuerdo a la Ley 100 de 1993, pues es la retribución por los servicios prestados que generaron rendimiento durante el tiempo de afiliación y estos servicios no se pueden dejar sin efecto, teniendo en cuenta que una de las principales diferencias entre los regímenes son los rendimientos generados sobre los aportes, mientras que en el RPMPD los rendimientos son del fondo común, en el RAIS hacen parte de la conformación necesaria para una posible pensión de vejez por lo que no existe merma o afectación alguna.

- Que al operar la declaración de nulidad o ineficacia del traslado no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues consecuencia de la nulidad declarada se debe presumir que nunca existió afiliación

al RAIS y al no existir esta tales rendimientos no se hubieran generado, no obstante, entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta de ahorro individual, pero no se entiende que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión de esa entidad, toda vez que gracias a su buena administración el afiliado incrementó el capital de su cuenta de ahorro individual, además la administradora del RPMPD no efectuó durante este mismo periodo ninguna gestión de administración y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa, por lo que de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil se considera que frente los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución.

3.3 De la parte demandada PROTECCIÓN S.A.

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que no es procedente devolver conjuntamente la comisión de administración y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual porque son conceptos excluyentes, toda vez que se estaría perjudicando a su representada por el trabajo que durante años hizo para hacer rendir la cuenta de ahorro individual y, por otra parte, se afectaría el derecho a las restituciones mutuas de frutos, intereses y mejoras previstas en el artículo 1746 del Código Civil.

- Que el seguro previsional no es posible devolverlo porque se le pagó mensualmente a una empresa de seguros que garantizó las pensiones de invalidez y sobrevivientes, y es un tercero de buena fe.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

El apoderado de la parte demandante solicita confirmar la sentencia de primera instancia manifestando, que si bien es cierto que la ley 797 de 2003 imposibilita efectuar un traslado de régimen cuando se está a menos de 10 años de cumplir la edad pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha cuestionado las omisiones en que han incurrido los asesores de los Fondos de Pensiones privados y existe en estos eventos un vicio del consentimiento. Que su representado no tenía pleno conocimiento de lo que el traslado de régimen conlleva y del impacto que traería en las condiciones a las que accederá a la pensión de vejez, y menos aún, la sustancial diferencia que existiría entre la mesada pensional que otorga cada uno de los regímenes frente al mismo promedio de cotización, que, de haber conocido esa información, claramente nunca hubiese diligenciado el formulario de afiliación y/o traslado para ingresar al Régimen de Ahorro Individual.

Que la diligencia debida de las Administradores de Fondos de Pensiones se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada AFP PROTECCION, quien debe demostrar que al momento del traslado de régimen el señor MARTIN CARRILLO recibió la información correspondiente; entidad que acompañó a este proceso únicamente la prueba documental relacionada con la afiliación del demandante a ese fondo privado y no se evidencia que hubiese suministrado al actor la información completa y comprensible, orientándolo sobre las consecuencias de la elección del régimen pensional, con la ilustración suficiente de las diferentes alternativas, con sus beneficios y desventajas; es decir que la información suministrada por la convocada a juicio al momento de la afiliación no era veraz, transparente y eficaz.

Que la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación, no constituye medio probatorio que permita inferir que al accionante se les proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos.

• PARTE DEMANDADA COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia proferida en primera instancia y se absuelva a su representada de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando que la actora solicitó la nulidad de traslado al RAIS argumentando que hubo una indebida información al momento de realizarse y este acto no corresponde a su representada y no tuvo conocimiento del mismo y simplemente acató la voluntad del demandante de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad.

Que, a lo largo del debate probatorio llevado a cabo en la primera instancia, no se logró demostrar esa indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado del demandante, razón por la cual, no es procedente su declaratoria y el mismo se realizó bajo el derecho a la libre elección de régimen que le asiste al actor y que se consagra en el artículo 48 Ley 1328 del 2.009.

Que la Corte ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional y que la facultad de migrar de un régimen pensional a otro surge por disposición del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2.003, que persigue el objetivo de evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

• PARTE DEMANDADA PORVENIR:

El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues la demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

Señaló que no está de acuerdo en devolver los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, porque se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital. Igualmente, que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado, no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, no obstante, lo anterior, la sociedad administradora de pensiones entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta individual, lo que no se entiende es que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión del Fondo de Pensiones. Que, además, debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución. También señaló, que las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual, se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado del señor RODOLFO MARTIN CARRILLO VARGAS del RPMPD al RAIS realizado a través de la A.F.P. COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A.?, y de ser procedente, ¿si esto a su vez deja sin efecto las subsiguientes afiliaciones que el actor hizo dentro del RAIS a administradoras de fondos de pensiones y ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?.

1. CONSIDERACIONES

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del señor RODOLFO MARTIN CARRILLO VARGAS del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la vinculada Administradora de Fondo de Pensiones COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que es la sanción que la ley impone a la afiliación desinformada, lo que trae como consecuencia la devolución de los aportes sin ningún descuento al régimen inicial de donde se parte para el traslado, porque se mantuvo una afiliación ficta y que el formulario no prueba la información que tenía que darse al potencial afiliado en su momento, por lo que ordenó a las demandadas la devolución del capital recibido desde el traslado al RAIS, con sus frutos e intereses y los rendimientos, debiendo asumir PORVENIR S.A. los descuentos hechos a las cotizaciones del actor desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos en su totalidad a COLPENSIONES S.A., debidamente indexados, por haber sido el determinador del traslado de régimen.

Conclusión a la que se opone COLPENSIONES alegando a través de su apoderada que la decisión de primera instancia por estimar que varios elementos demostraron que no hubo indebida, insuficiente información o cualquier tipo de engaño al momento de realizarse el traslado de régimen por parte del demandante; que existen actos de relacionamiento al permanecer el actor en el RAIS por más de 20 años, no realizar averiguaciones respecto a sus condiciones pensionales, firmar el formulario de afiliación con total consentimiento y realizar traslados horizontales dentro de ese régimen, y que se concede la ineficacia pretendida aun cuando el deseo del traslado a esa entidad está basado únicamente en el monto pensional, lo que conlleva al menoscabo de los derechos de la entidad que representa.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. apeló la decisión de primera instancia aduciendo que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones y deben operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados que generaron rendimientos durante el tiempo de afiliación y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. advierte que no es procedente devolver conjuntamente la comisión de administración y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual porque se afectaría a su representada respecto al trabajo realizado y se afectaría el derecho a las restituciones mutuas de frutos, intereses y mejoras previstas en el artículo 1746 del Código Civil. Que el seguro previsional no es posible

devolverlo porque se le pagó una empresa de seguros que garantizó las pensiones de invalidez y sobrevivientes, y es un tercero de buena fe.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Para que un traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual adquiera plena determinación, dicha actuación debe contener un pleno acatamiento de este deber para que de esa decisión se pueda predicar la libertad y voluntariedad exigida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia sentada desde el año 2008 ha determinado que previo a su decisión, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar, porque de no ser así, bien por brindarse una incorrecta u omitirse la relevante, puede entenderse que existe un error que vicia su voluntad. En otras palabras, es posible predicar la ineficacia de la vinculación al RAIS por un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1° del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”*.

Prosigue la Corte identificando las normativas de diversa índole que se han proferido desde entonces para garantizar el cumplimiento de este deber a favor de los afiliados, imponiendo 3 puntos fundamentales:

(i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber *“de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”*, de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* y por lo tanto *“si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”*, máxime cuando el deber de información *“es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PORVENIR S.A., antes COLPATRIA S.A.; pues argumenta el demandante que al suscribir el formulario con el cual se dio el traslado de régimen pensional, no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y proyecciones de pensiones en ambos regímenes, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace

necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

El demandante manifestó que se afilió al RPMPD en julio de 1.993 y se trasladó del régimen mencionado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en abril de 1.996, mediante afiliación a COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., y posteriormente, en mayo de 1.999 se afilió a PROTECCIÓN. Que el traslado de régimen lo realizó por considerar que era beneficioso y para realizar el mismo, no recibió información técnica y adecuada, además fue engañado pues se le ofreció una condición pensional más ventajosa. También expresó que el 24 de febrero 2.021 solicitó ante COLPENSIONES que se realizara la doble asesoría y se aceptara la solicitud de traslado como cotizante del RAIS al RPMPD, entidad de la cual recibió respuesta negativa el día 25 del mismo mes y año que el 06 de abril de 2.021 realizó la misma petición a la AFP PROTECCIÓN, entidad que el 15 de abril de 2.021 emitió respuesta negativa por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

Del expediente se puede evidenciar que el actor estuvo inicialmente afiliado al RPMPD desde el 22 de julio de 1.993 donde cotizó 136,43 semanas; que desde agosto de 1.996 se trasladó de régimen pensional con afiliación a la A.F.P. COLPATRIA S.A. (hoy PORVENIR), a través de formulario de afiliación y traslado de fecha de elaboración 02 de agosto de 1.996, con fecha de radicación 05 de agosto de 1.996, Fondo donde cotizó 141,3 semanas, y posteriormente dentro del RAIS se trasladó a PROTECCIÓN S.A. en mayo de 1.999, donde al 10 de junio de 2.021 había cotizado 919.29 semanas.

Lo primero a destacar, es que las administradora de fondos de pensiones COLPATRIA S.A. conforma hoy la A.F.P. PORVENIR S.A.¹; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva en cuanto a esta entidad.

Se resalta que en el expediente reposa el formulario de solicitud de afiliación y traslado al Fondo de Pensiones COLPATRIA con fecha de radicación 05 de agosto de 1.996 que fue suscrito por el demandante y no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento en que el actor se trasladó de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor RODOLFO MARTIN CARRILLO VARGAS, no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario por medio del cual se trasladó de régimen pensional, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Como se explicó, no obra prueba alguna que dé cuenta si COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A, brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para agosto de 1.996 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía el referido con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo anterior, en su momento COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A, no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, pero sobre el momento del traslado solo reposa en el plenario el formato de vinculación suscrito, que se corresponde con un modelo pre-impreso, del que no se infiere con certeza que fuera estudiada la situación

¹ Ver reportes en prensa:

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1292961>;

pensional particular del actor y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a RODOLFO MARTIN CARRILLO VARGAS, donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por sí sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales de los recursos de apelación de las demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debían enfocarse en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que para este caso le correspondía a PORVENIR S.A., respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

Por otra parte, sobre la prescripción alegada por la parte demandada, se advierte que, al tratarse el presente asunto de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su integro reconocimiento. Por lo tanto, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en los fondos privados por cambio de régimen pensional no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada.

Así lo ha expresado en diversos pronunciamientos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluye por ejemplo en providencia SL361 de 2019 que *“la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada”*; por lo que esta excepción no está llamada a prosperar.

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el demandante en el año 1.996, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral, donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: *“...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...”*.

Esto ha sido recientemente reiterado por la Sala de Casación Laboral en proveído SL2877 de 2020, donde se dijo:

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados***

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

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

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

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

por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., deberán devolver completamente 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 y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la demandada COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., incumplió su deber de información, hecho que genera consecuencias y efectos jurídicos, que han sido objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral en su Sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, que señaló:

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

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

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a 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)."*

Respecto de lo señalado en la parte resolutive sobre que corresponde *“son de cargo del fondo pensional Porvenir S.A., la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a las cotizaciones hechas a nombre de la parte demandante por los conceptos precitados desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos EN SU TOTALIDAD a COLPENSIONES S.A., DEBIDAMENTE INDEXADOS, por haber sido el determinador del traslado de régimen”*; la jurisprudencia citada ha sido enfática al indicar que estos deben ser asumidos por **todas** las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor.

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, a las AFP demandas, les asiste la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación, fue ineficaz, por lo cual es claro para esta Sala de Decisión, a partir de lo expuesto, que la ineficacia del traslado, genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y estas deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró cada afiliación.

En consecuencia, se modificará lo resuelto en el numeral segundo de la providencia apelada y se condenará a las A.F.P. PORVENIR y PROTECCIÓN a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado y devolver a COLPENSIONES, todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 2060 de la ley 100 del 93, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre del demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliado el actor a cada una de estas.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

De lo anterior se desprende, que por los efectos ex tunc de la declaratoria de ineficacia, las AFP están llamadas a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Lo anterior, además, permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1.996 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por el actor pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto a los actos de relacionamiento, teniendo en cuenta que en el presente caso el actor dentro del RAIS realizó traslado entre fondos de pensiones, es importante traer a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 2877 de 2.020 a través de la cual cita el pronunciamiento realizado por esa misma corporación en el rad. 31989 del 09 sep. 2.008, en el que precisó: *“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”*.

En el mismo sentido se pronunció la Sala de Descongestión Laboral, en sentencia SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, MP. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, en donde se precisó lo siguiente:

“Ahora, cabe puntualizar, que en este juicio la voluntad del demandante de cambiarse de régimen, no se ratifica con los cambios que el actor posteriormente hubiese efectuado en el RAIS con diferentes Fondos, ni siquiera si la última AFP Porvenir S.A. le brindó alguna información, dado que lo que produce la ineficacia del traslado es la actuación de la primera AFP Colfondos, que implica que deben «retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido», incluyendo lo referente a cualquier traslado entre Fondos, tal como se expuso en las decisiones CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ineficacia que, conforme a la aludida decisión CSJ SL1689-2019, implica que «desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis».

Es decir, que la ineficacia envuelve o consiste en estimar que el acto no se celebró y, por consiguiente, no puede producir efectos, en la medida que fue realizado en contravención a los mandatos legales y obviando los requisitos y presupuestos establecidos.

En ese orden de ideas, la falta de información no se subsana por los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en el régimen de ahorro individual con solidaridad.”

Al declararse para el presente caso la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, esta Sala acoge la postura adoptada en las sentencias SL 2877 de 2.020 y SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, por lo tanto, las cosas deben volver a su estado anterior y no se reconocen los distintos traslados entre fondos de pensiones que el actor realizó al interior del RAIS como actos de relacionamiento.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio y en primera instancia se condenó a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A, quienes se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultan vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala modificará el numeral segundo de la decisión recurrida y deberá confirmar en los demás aspectos la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 24 de marzo de 2.022. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor del actor, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada una de las demandadas.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida dentro del presente trámite, la cual quedará así: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., entidad donde se encuentran hoy los recursos aportados por la parte demandante, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, y a favor de la actor, todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual y se hubieren recibido desde el TRASLADO Y HASTA EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA PRESENTE SENTENCIA, entendiéndose por este concepto todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales DE HABERSE COBRADO, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales (artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993), precisando que las A.F.P. PORVENIR y PROTECCIÓN deben asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado y devolver a COLPENSIONES, todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 2060 de la ley 100 del 93, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre del demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliado el actor a cada una de estas, valores que deben ser devueltos DEBIDAMENTE INDEXADOS. Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 24 de marzo de 2.022, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A, y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Proceso Ordinario Rad. 54001-31-05-004-2021-00215-01

Demandante: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

Demandado: Alfonso Contreras Guarín

Cúcuta, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

1º. ASUNTO

Sería del caso resolver la petición de nulidad formulada frente a la providencia dictada en el juzgado de conocimiento el 22 de noviembre de 2021, si no fuera porque de conformidad con lo establecido en el artículo 134 del Código General del Proceso, aplicable al rito laboral por analogía dispuesta en el 145 del CPTSS, resulta diáfano que este medio de saneamiento ha de interponerse frente al juez que profirió la decisión para que *“previo traslado, decreto y práctica de las pruebas que fueren necesarias”* proceda a resolverla. Así las cosas, se dispondrá la remisión de escrito al Despacho de origen para lo de su cargo.

4º DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE:

Primero: Despachar desfavorablemente la petición de nulidad elevada frente al auto fechado del 22 de noviembre de 2021.

Segundo: Remitir el escrito al juzgado de origen para que lo resuelve cabalmente con apego de lo previsto en la normatividad vigente.

Lo resuelto se notifica por **ESTADOS**.

Los magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de junio de Dos Mil Veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-405-31-03-001-2020-00111-00
RADICADO INTERNO:	19.593
DEMANDANTE:	JOSÉ MIGUEL PRUNEDA MIRONES
DEMANDADO:	SACYR CONSTRUCCIÓN COLOMBIA S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ MIGUEL PRUNEDA MIRONES contra la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN COLOMBIA S.A.S., Radicado bajo el No. 54-405-31-03-001-2021-00111-00, y Radicación interna No. 19.593 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 11 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios.

1. ANTECEDENTES

El señor JOSÉ MIGUEL PRUNEDA MIRONES interpone demanda ordinaria laboral en contra de SACYR CONSTRUCCIÓN COLOMBIA S.A.S., para que se le ordene el pago de la sanción por despido sin justa causa de contrato a término fijo por la suma de \$182.519.310 correspondiente a 10 meses de salario que restaba por ejecutar (Salario integral de \$16.266.431 y auxilio de vivienda de \$1.985.000 para un total mensual de \$18.251.931), con la sanción moratoria correspondiente desde el 30 de junio de 2020 y que se ordene el pago de obligaciones no pagadas por medicina prepagada 2020 por 6 meses (\$1.442.460), de 2021 por 4 meses (\$1.004.916), tiquetes aéreos (\$9.000.000) y uno de regreso (\$2.250.000).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló:

- Que el 29 de marzo de 2017 la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN realizó oferta laboral a JOSÉ MIGUEL PRUNEDA de un contrato a término fijo por 2 años; suscribiendo el 20 de abril de 2017 en la Notaría 34 de Bogotá el contrato a término fijo, sujeto al término de visa, según formato del Ministerio de Relaciones Exteriores para Visa TP4.

- Que el 3 de mayo de 2017 firmó contrato a término fijo con SACYR por un período de 2 años, del 3 de mayo de 2017 al 30 de abril de 2019, estableciendo las condiciones laborales: lugar de trabajo, salario integral, obligaciones contractuales y demás aspectos, como una cláusula de mejora que adiciona un auxilio de vivienda por \$1.500.000 a pagar mensualmente sin perjuicio del salario integral.

- Que el 12 de octubre de 2017 se notificó el cambio de centro de trabajo, indicando que desde el 1 de noviembre de 2017 será la vía Cúcuta-Pamplona en Norte de Santander.

- Que el 1 de mayo de 2019 siguió trabajando, por lo que acorde a la normativa laboral aplicable se renovó automáticamente el contrato de trabajo por un período igual al pactado, es decir hasta el 30 de abril de 2021.

- Que prestó sus servicios de manera continua e ininterrumpida desde el 3 de mayo de 2017 hasta el 30 de junio de 2020, cumpliendo todas sus obligaciones; siendo notificado el 26 de junio de 2020 de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa de manera unilateral desde el 30 de junio de 2020.

- Que el 7 de julio de 2020 se le solicitó por correo electrónico la firma y aceptación de los documentos de paz y salvo para el pago de la liquidación; luego de la insistencia del trabajador, el 15 de julio se canceló la misma, pero allí se liquidó la indemnización por despido injusto como si fuera un contrato a término indefinido, desconociendo el contrato a término fijo suscrito.

La demandada SACYR CONSTRUCCIÓN COLOMBIA S.A.S., contestó a la demanda así:

- Se opone a las pretensiones, señalando, que canceló y reconoció al demandante todos los emolumentos laborales acordados conforme al salario integral pactado, aportes, vacaciones e indemnización del artículo 64 del C.S.T., encontrándose a paz y salvo de todos los conceptos. Advirtiendo que en todo caso resultaría improcedente el pago paralelo de la moratoria del artículo 65 del C.S.T.

- Indica, que el salario integral no comprende el auxilio de vivienda que no conforma salario real conforme se pactó en la cláusula correspondiente y acorde al artículo 128 del C.S.T., siendo un beneficio sin relación alguna con sus funciones, servicio, desempeño o gestión, derivado de la mera liberalidad del empleador.

- Que se debe tener en cuenta el principio de primacía de la realidad sobre las formas, que implica dar validez a la práctica en la relación laboral y esto da alcance a los acuerdos verbales que tienen las partes sobre cambios en la modalidad contractual al variar de un contrato a término fijo a uno de carácter indefinido, lo cual además quedó plasmado en documentos por separado. Advierte que el 26 de febrero de 2019 el actor y la empresa en el proceso de renovación de visado, decidieron de común acuerdo cambiar los parámetros temporales acordados y así quedó plasmado en el formato de la Cancillería de Colombia presentado a dicha entidad y por el cual se emitió el último visado, por lo que a partir de ese momento se alcanzó un acuerdo sobre el cambio de modalidad con que había iniciado la relación. Agrega que durante el proceso de retiro, se le presentaron al actor los documentos donde se varió la modalidad temporal desde febrero de 2019, suscribiendo sin objeción alguna el paz y salvo correspondiente. Como quedó plasmado en la certificación de visa expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

- Propuso como excepciones de mérito INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL DEMANDADO, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN y GENÉRICA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 11 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la sociedad SACYR CONSTRUCCION COLOMBIA SAS, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR probadas la excepción propuesta DEL PAGO DEBIDO, tener como parte en salario los valores pretendidos por las sumas pagadas por concepto de vivienda al demandante, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a la demandada SACYR CONSTRUCCION COLOMBIA SAS a reconocer y pagar en favor del trabajador demandante JOSÉ MIGUEL PRUNEDA MIRONES, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, la suma de CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS DIEZ PESOS (\$162.664.310.00) por concepto de indemnización por despido sin justa causa, de conformidad con las consideraciones expuestas.

CUARTO: ABSOLVER a la sociedad SACYR CONSTRUCCION COLOMBIA SAS de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor JOSÉ MIGUEL PRUNEDA MIRONES.

QUINTO: CONDENAR al demandado SACYR CONSTRUCCION COLOMBIA SAS al pago de las costas de primera instancia

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que no existe discusión sobre la existencia del contrato de trabajo y sus extremos, centrándose el litigio en si al momento de la terminación dicha vinculación se regía por un contrato de trabajo a término indefinido o a término fijo, para verificar la liquidación de indemnización al trabajador; estando demostrado que el empleador comunicó su decisión unilateral de terminar el contrato sin justa causa.

- Resalta, entre las pruebas el contrato de trabajo a término fijo por 24 meses suscrito inicialmente, la cláusula de modificación adicional para el auxilio de vivienda, certificado laboral donde se refiere la calidad de trabajador a término indefinido, constancia de trabajador migrante del Ministerio de Trabajo donde se consta que el empleador inscribe al actor con vinculación a contrato de trabajo a término indefinido.

- Igualmente refiere que se valorará el testimonio de MAURO ZAMBRANO y JORGE SARMIENTO, jefe de recursos humanos y relaciones laborales, quienes son contesten en afirmar sobre la vinculación del contrato a término fijo inicial y precisaron sobre el trámite de visado, sin el cual no podía seguir laborando en el país. Resaltó que SARMIENTO relató que para el trámite de febrero de 2019 denominado “formulario resumen contrato” es donde se estableció el cambio de vinculación a término indefinido.

- Estima que para el despacho la vinculación fue a término indefinido con una prórroga al no suscitarse preaviso, sin que el formato aportado sea la prueba idónea para demostrar la voluntad del trabajador sobre el cambio de modalidad contractual pues este documento solo se suscribe para

terminar un trámite ante la Cancillería de Colombia para la permanencia del trabajador en el país y este mismo documento advierte que no constituye o reemplaza el contrato de trabajo. Bajo este entendido, al finalizar el contrato sin justa causa le corresponde al empleador cancelar el tiempo restante como indemnización.

- Sobre la pretensión para tener en cuenta la incidencia salarial del auxilio de vivienda, refiere que fue aceptado su pago periódico y al respecto la providencia SL15359 de 2017 que recuerda como pacíficamente se ha sostenido que el salario es lo pagado para recibir el servicio personal, indicando que el artículo 128 del C.S.T. contiene unas excepciones pero el juez debe valorar la naturaleza del pago y en SL13707 de 2016 se reiteró decisión previa explicando que los auxilios extralegales no retributivos de trabajo pueden pactarse excluidos de incidencia salarial pero lo que es salario no puede dejar de serlo, limitando la posibilidad de excluir. Concluyendo que en este caso no se demostró que el auxilio de vivienda tuviera como finalidad directa retribuir el servicio.

- Considera que no prospera la excepción de prescripción propuesta, pues los 3 años del trabajador no transcurrieron a la fecha de presentación de la demanda y declara también no probadas las demás excepciones propuestas, al verificar que se canceló indebidamente la indemnización por despido sin justa causa. Por lo que procede a liquidar lo adeudado conforme al salario de \$16.266.431 que multiplicado por los 10 meses restantes equivaldría a una indemnización por \$162.664.310.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación contra lo resuelto en primera instancia, argumentando:

- Que deben revocarse las condenas impuestas contra la demandada, pues las pretensiones fueron formuladas desconociendo los postulados de buena fe y primacía de la realidad, buscando emolumentos que no corresponden a la realidad jurídica como trabajador y desconociendo las pruebas documentales aportadas donde queda evidenciada su voluntad de aceptar el cambio de modalidad de vinculación, acorde al formato del Ministerio de Trabajo.

- Que hubo diferentes expresiones de la voluntad de ambas partes tras el vencimiento del primer plazo, en aras de variar a una modalidad a término indefinido y puede evidenciarse en el trámite de visado la aceptación del trabajador del cambio, no siendo un documento unilateral proveniente del empleador sino suscrito por ambos, que deriva en una manifestación de voluntad clara y expresa. Documento que informa sobre las condiciones que empleador y trabajador acuerdan para la relación laboral, y que por ende contiene lo que se acepta va a regir desde esa fecha en adelante.

- Resalta que el formato refiere en su encabezado que allí se deben plasmar las condiciones laborales vinculantes y se reportan para materializar su permanencia legal, siendo claro el testigo en advertir que la visa concedida es indispensable para la ejecución del contrato de trabajo y que el actor estuvo involucrado permanentemente en el trámite; por ende se puede inferir su consentimiento expreso en la variación de la modalidad del contrato, debiendo aplicarse la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre que varios documentos y actos pueden derivar la prueba sobre la voluntad del cambio de modalidad, para lo que es fundamental validar el documento de visado.

• Que se valoró indebidamente la integralidad del trámite migratorio y su incidencia en la validez del contrato laboral, así como la interpretación de la relación siguiendo el principio de realidad sobre las formas; se dejó de valorar la forma en que se siguió ejecutando el contrato de trabajo y la incidencia de la voluntad de las partes para ella, sin que se evidenciara inconformidad por el trabajador en el trámite de visa ni a la terminación.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

• **Parte demandante:** El apoderado de la parte demandante advierte que está demostrada la existencia del contrato laboral a término fijo suscrito el 3 de mayo de 2017, renovado automáticamente acorde a la cláusula novena del artículo 46 del C.S.T., por lo que su vigencia iba al 30 de abril de 2021, desvirtuando la tesis de la demandada sobre la variación verbal a un contrato a término indefinido sin aportar la prueba adecuada. Advierte que la demandada pretende validar este cambio con documentos que no tienen la dimensión para variar lo pactado previamente, indicando que el formato de resumen del Ministerio de Relaciones en su contenido advierte que no sustituye el contrato de trabajo y era una mera solicitud de visa, que no cambia la modalidad aceptada por las partes, máxime cuando la casilla de modalidad fue marcada por la empresa. Igualmente, que la constancia de trabajador migrante es producto de una inscripción del empleador y es emitida por un tercero que no sustituye la voluntad de las partes. Así mismo, que los documentos de terminación son emitidos por el empleador y no pueden desconocer derechos ciertos e irrenunciables. Respecto del salario, solicita que se tenga el emolumento de vivienda como factor salarial, por ser retributivo del servicio y no se demostró que efectivamente fuera destinado a tal fin.

• **Parte demandada:** La apoderada de la demandada manifiesta que la empresa cumplió con todas sus obligaciones laborales de manera cabal y acorde para con el demandante, especialmente en el pago de salarios, vacaciones y la liquidación final de su contrato, la cual contemplaba la indemnización del artículo 64 del CST que correspondía a su verdadera naturaleza contractual; la cual advierte se desprende de los acuerdos de voluntades realizados por las partes a lo largo de la relación laboral y que quedaron documentados por escrito en diversos documentos, en los cuales del demandante aceptó y solicitó, pasar a una modalidad indefinida y así lo mantuvo durante toda su vigencia laboral. Señala que la modalidad contractual suscrita inicialmente varió a un contrato a término indefinido, tal y como se derivó del proceso de visado del demandante en febrero de 2019, donde indicó el actor su condición ante las autoridades colombianas y así se ajustó en el sistema de nómina, por lo que deben valorarse los 3 soportes documentales destacados desde la contestación para verificar la primacía de la realidad. Esto además advierte que fue ratificado por los testimonios que se recepcionaron por el personal encargado de los trámites migratorios, de donde puede inferirse que el demandante participó de manera activa, continua y directa dentro de su trámite de renovación de visa, pues solo con esta le era posible trabajar o ejercer cualquier actividad productiva en Colombia, por lo que debe seguirse la posición jurisprudencial vista en sentencia SL2804 de 2020 sobre que la validación de acuerdos puede venir de diversos documentos.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto

del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si el demandante JOSÉ MIGUEL PRUNEDA MIRONES tiene derecho a que la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN COLOMBI S.A.S., le reconozca la indemnización por despido injusto conforme a un contrato de trabajo a término fijo o a término indefinido?

7. CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio, radica en determinar si el demandante JOSÉ MIGUEL PRUNEDA MIRONES, tiene derecho a que la indemnización por despido sin justa causa a la que accedió por la decisión unilateral del empleador comunicada el 30 de junio de 2020, de dar por terminado su contrato de trabajo, estableciéndose si se debe liquidar la misma, conforme a un contrato de trabajo a término fijo o a término indefinido, al alegar su empleador, que la modalidad de vinculación inicial varió en el curso de la relación. Solicitando además el actor, que se incluyera el auxilio de vivienda como factor salarial.

Al respecto, la jueza *a quo* estimó que el único documento aportado para variar el cambio de modalidad solo se suscribe para terminar un trámite ante la Cancillería de Colombia para la permanencia del trabajador en el país y este mismo documento advierte, que no constituye o reemplaza el contrato de trabajo, por lo que subsistió la modalidad inicial a término fijo; negó la calidad de factor salarial del auxilio de vivienda y liquidó la indemnización por el tiempo restante del contrato prorrogado. A lo que se opone la parte demandada, argumentando que hubo una indebida valoración de las pruebas aportadas y de estas se deriva claramente, que hubo un acuerdo de voluntades para variar la modalidad de contratación a término indefinido, visible en la firma del actor en el referido formulario de visa y que debe primar la realidad sobre las formas.

De conformidad con el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., la decisión de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación y en esa medida, se advierte de manera preliminar, que al no impugnar el demandante no se abordarán los asuntos donde hubo absolución como la incidencia salarial del auxilio de vivienda. Por lo que se procederá a verificar si asistió razón a la jueza *a quo* al liquidar la indemnización por despido injusto conforme a una modalidad de contrato a término fijo.

No fue objeto de controversia que entre JOSÉ MIGUEL PRUNEDA MIRONES y la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN COLOMBIA S.A.S. existió una relación laboral mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término fijo por el término de 24 meses a regir del 3 de mayo de 2017 al 30 de abril de 2019, cuyas condiciones iniciaron con un salario integral mensual de \$14.000.000, adicional a lo cual, suscribieron una cláusula de exclusión de incidencia salarial sobre el auxilio de vivienda por su calidad de extranjero en Colombia por valor de \$1.500.000 mensuales. Posteriormente el 12 de octubre de 2017 se varió el lugar de prestación del servicio a Cúcuta-Pamplona en Norte de Santander.

Igualmente, no es objeto de discusión que SACYR el 26 de junio de 2020 comunicó al actor su decisión de terminar el contrato unilateralmente y sin

justa causa a partir del 30 de junio de ese año, alegando procesos internos de reestructuración que le obligan a prescindir de sus servicios. El litigio surge de la forma en que el empleador liquidó la indemnización derivada de este despido, pues procedió a cancelar la suma de \$28.422.877 correspondiente a 52.42 días, resultado de aplicar la liquidación de los contratos a término indefinido y dicha decisión se justifica en que la modalidad inicial varió de común acuerdo, cuando se realizó el trámite de renovación de visa del actor, donde ambos suscribieron el formulario señalando que la vinculación era a término indefinido. Pero la jueza desestimó que dicho formato tuviera la validez reclamada.

En el recurso de apelación, el apoderado de la parte demandada muestra su inconformidad con la conclusión de la jueza de instancia, de concederle la razón a la parte demandante, pues estima que se desconocen las pruebas documentales aportadas donde queda evidenciada su voluntad de aceptar el cambio de modalidad de vinculación, acorde al formato del Ministerio de Trabajo y este formato no es una mera ritualidad, dado que sirve para informar las condiciones laborales del trabajador extranjero y de él se deriva una manifestación de voluntad clara y expresa sobre la variación de modalidad.

Para resolver este asunto, se recuerda que el artículo 46 del C.S.T. establece que todo contrato a término fijo debe constar por escrito y que en caso de que las partes no acuerden una duración determinada por tiempo o por obra o labor, se entenderá celebrado a término indefinido. De las pruebas se deriva entonces con claridad que las partes suscribieron un contrato a término fijo y se debe proceder a establecer si se demostró debidamente que durante el trámite de renovación de la visa del trabajador, hubo una modificación de la duración del contrato de trabajo.

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

Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que: *“El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes...”*.

Para resolver el siguiente asunto, obran los siguientes medios de prueba:

- Oficio del 29 de marzo de 2017 por el cual SACYR informa a JOSÉ MIGUEL PRUNEDA una oferta de puesto de trabajo en el proyecto TALASÁ, a iniciar dependiendo del trámite de visado como jefe de servicios de producción del tipo fijo – sujeto a término de visad (2 años) con un salario integral.

- Formato para visa TP4 para JOSÉ MIGUEL PRUNEDA de nacionalidad española solicita permiso para laborar mediante contrato a término fijo como jefe de servicios de producción, suscrito por representante legal del empleador y el trabajador.

- Contrato de trabajo a término fijo por el término de 24 meses a regir del 3 de mayo de 2017 al 30 de abril de 2019, cuyas condiciones iniciaron

con un salario integral mensual de \$14.000.000, para ejercer labores en el proyecto TALASA-CARMEN DE ATRATO (Chocó).

- Oficio del 12 de octubre de 2017 informando al actor de cambio del lugar de trabajo, designándole al proyecto CÚCUTA-PAMPLONA (Norte de Santander) sin modificación adicional.

- Oficio del 26 de junio de 2020 dirigido por MAURO ZAMBRANO, jefe de recursos humanos de SACYR, informando al actor la terminación del contrato de trabajo sin justa causa a partir del 30 de junio de 2020; en el extremo inferior obra nota donde el trabajador firma estar a paz y salvo.

- Liquidación final de prestaciones sociales, donde consta el pago de indemnización por valor de \$28.422.877 por 52,42 días.

- Certificado laboral expedido por MAURO ZAMBRANO, jefe de recursos humanos de SACYR, constando fecha de ingreso 3 de mayo de 2017, de retiro 30 de junio de 2020 y tipo de contrato indefinido.

- Constancia de Migración reportando cargue de formulario por parte de SACYR CONSTRUCCIÓN, sobre movimiento de desvinculación desde el 30 de junio de 2020.

- Constancia de trabajador migrante expedida por el MINISTERIO DEL TRABAJO, haciendo constar la inscripción de MIGUEL PRUNEDA como trabajador de SACYR, indicando entre las características que el tipo de contrato es indefinido.

- Formato para visa TP4 para JOSÉ MIGUEL PRUNEDA de nacionalidad española solicita permiso para laborar constando el salario, las actividades a desarrollar, el empleador SACYR CONSTRUCCIÓN COLOMBI S.A.S. y en el recuadro de duración se reflejó la siguiente información, suscrito al finalizar por ambas partes:

TIPO DE VINCULACION	DURACION		
	Seleccione	Fecha de Inicio.	Fecha de finalización
Contrato Laboral a término fijo			
Contrato Laboral a término indefinido	X	03/05/2017	N.A.
Prestación de Servicios:			
Asistencia Técnica Especializada*			
Otro, explique:			

- Durante el interrogatorio de parte, el señor PRUNEDA que es ciudadano español, afirma que no hubo un acuerdo verbal o escrito para modificar el contrato a término fijo suscrito inicialmente y que todos los cambios, específicamente aumentos salariales, fueron pactados por escrito en cláusulas adicionales. Advirtiéndolo, que desconoce las razones para su desvinculación, pues llevaba 5 años en la empresa donde ingresó a laborar en Panamá, luego fue cambiado a Colombia y aquí ejerció funciones hasta la terminación durante la pandemia.

- Por su parte, el representante legal de la demandada SACYR expuso que al actor como a cualquier trabajador PRUNEDA fue contratado con asistencia de su trámite de vista y auxilio de vivienda, inicialmente con un

contrato de trabajo a término fijo pero que durante el trámite de renovación de visa fue alterado a término indefinido y así consta en el documento suscrito por ambas partes durante ese trámite. Sobre la terminación señala que no existe una causa específica, sino que la época era difícil en la realización de infraestructuras y entregando proyectos que llevo a contraer el personal de la empresa.

- El testigo MAURO ZAMBRANO, manifestó ser psicólogo especialista en recursos humanos y ser el jefe de recursos humanos de la demandada en el proyecto Cúcuta-Pamplona; explicó que el actor estuvo como jefe de servicios de producción desde el 3 de mayo de 2017 hasta el 30 de junio de 2020 y señala, que por lo conocido el contrato finalizó a término indefinido acorde al trámite surtido durante la renovación de visado. Señaló que el actor no manifestó expresamente una objeción a la modalidad de contrato certificada al finalizar el vínculo. Al ser cuestionado sobre la firma del contrato, explicó no tener conocimiento directo pues estos se tramitan desde Bogotá y al liquidar se aplicó lo reportado en el sistema interno, que reportaba la modalidad como término indefinido. Específicamente sobre la firma del formato para renovación de visa, explicó que estos se realizaron directamente por la oficina de Bogotá.

- El testigo ALEJANDRO SARMIENTO, manifestó ser el jefe de relaciones laborales de SACYR en Colombia, relatando que el actor ingresó en 2017 antes de que él llegara a la empresa y que como ciudadano de nacionalidad española. Que por su cargo es el encargado del trámite de renovación de visados y migratorios, lo cual depende del tipo de vinculación y labor contratada que para el caso del actor tenía un cargo operativo en un proyecto de construcción, vinculado inicialmente a término fijo y que luego de común acuerdo fue modificado a término indefinido durante el trámite de la visa para que esta no tuviera una limitación temporal, siendo desvinculado durante el año 2020. Explica el trámite de expedición de visa, donde advierte que es el trabajador quien debe surtir este y que en él se debe reportar la naturaleza del vínculo contractual en el formato, por lo que este documento es básicamente para la entidad y las partes el contrato por el cual se renueva el visado. Que en el formato se inserta toda la información propia de los contratos de trabajo y en 2019 durante esa renovación se indicó que era a término indefinido. Al ser cuestionado sobre si el actor estuvo enterado de este trámite y su importancia, explica que a todos los empleados extranjeros se les informa por correo electrónico del mismo y los documentos que se necesitan, incluyendo la firma de ficha de contrato que deben diligenciar y suscribir como hizo el señor PRUNEDA. Igualmente, que este documento es el que contiene la manifestación de voluntad del cambio de modalidad. Al apoderado del actor como se alcanzó este acuerdo, el testigo reitera que se hizo cuando se diligenció el formato por parte del mismo trabajador.

Al realizar la valoración probatoria el juez tiene unas facultades que la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación No. 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, explica así:

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

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, el medio de prueba que sustenta la apelación de la parte demandada es el Formato para visa TP4 suscrito en febrero de 2019 para la renovación del permiso de trabajo del actor como extranjero en Colombia y la argumentación sobre que su contenido expresa la voluntad de las partes para modificar la modalidad de término fijo a indefinido.

Advierte la Sala, que en anteriores oportunidades ha valorado los alcances de este formato sobre el contrato de trabajo con un ciudadano extranjero, explicando en providencia del 28 de agosto de 2020¹, que acorde con el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo: *“El presente Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a la nacionalidad”*. De acuerdo con esa disposición, todo servicio subordinado queda sometido a la Constitución y a las leyes nacionales, y, al contrario, todo servicio prestado en el exterior está excluido de la aplicación de la ley laboral nacional.

El principio de territorialidad de la ley implica que todo contrato laboral que se firme en el país sin importar si una de las partes o las dos son extranjeros, se regirá por el Código Sustantivo del Trabajo.

Por otra parte, según el Decreto No.1067 del 26 de mayo de 2015 del Ministerio de Relaciones Exteriores *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores"* en su Capítulo 11 artículo 2.2.1.11.4. Define visa en los siguientes términos:

“Es la autorización concedida a un extranjero para el ingreso al territorio nacional otorgada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

La permanencia es el tiempo durante el cual el extranjero podrá estar en el territorio nacional.

La vigencia será el tiempo comprendido entre la fecha de otorgamiento y la fecha de finalización indicada en la etiqueta de la visa.

Los requisitos para la expedición de las visas se establecerán mediante resolución ministerial.”

El Artículo 2.2.1.11 señala como La Visa Temporal la que se otorgará al extranjero que desee ingresar al país sin el ánimo de establecerse en él. El Ministerio de Relaciones Exteriores podrá expedir Visa TP en los siguientes casos:

*“(…) **TP-4.** Al extranjero que ingresar al territorio nacional en virtud de una vinculación laboral o contratación de prestación de servicios con persona natural o jurídica domiciliada en Colombia o a grupos artísticos, deportivos o culturales que al territorio nacional con el propósito de brindar espectáculo público. El presente caso la vigencia de la será igual a la duración del contrato trabajo o contrato prestación de servicios sin que exceda de tres (3) años.*

Esta visa podrá tener múltiples entradas.

Esta clase de visa se expedirá sin perjuicio los requisitos legales establecidos para el ejercicio cada profesión u oficio en el territorio nacional.

La permanencia del extranjero titular esta visa del total de su vigencia.”

¹ Radicado 54-001-31-05-002-2018-00073-00. Partida interna 18.823, DEMANDANTE: MAURICIO RAFAEL PERNIA REYES. ACCIONADO: UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR. Magistrado Ponente: JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA.

De lo anterior, se hace preciso indicar, que independientemente de la modalidad contractual utilizada, la duración del contrato o el monto de la remuneración, la vinculación debe estar respaldada con una Visa que faculden al extranjero para tal propósito; ellas son: VISA TEMPORAL utilizada para vincular extranjeros mediante contrato de trabajo o contrato civil de prestación de servicios.

Luego entonces, la Visa Temporal en primer lugar, es un trámite previo a la contratación laboral, donde el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, exige el cumplimiento de unos requisitos para AUTORIZAR al extranjero, trabajar temporalmente; pero este documento no tiene la validez jurídica y eficacia para reglamentar los contratos de carácter laboral, constituyéndose de esta forma, en un proceso administrativo necesario para que el trabajador puede prestar sus servicios pero no en el que rige su relación.

Resaltando como hiciera la jueza *a quo* que el mismo instrumento advierte en su contenido que “*No se constituye ni reemplaza el contrato de trabajo*”, se deriva de este análisis normativo que el denominado documento “DESARROLLO DE LA POLÍTICA EXTERIOR /RESUMEN DE CONTRATO PARA VISA TP.4” no constituye más que un formato para el trámite de la visa de trabajo, que contiene la intención de contratación y no es un contrato de trabajo; de manera que si lo pretendido por los sujetos era alterar la naturaleza de la modalidad temporal, no es prueba suficiente la mera suscripción de ese documento que es un formato precontractual y de trámite para la obtención de un permiso para que se pueda celebrar y ejecutar un contrato de trabajo con un extranjero.

Es así como, si bien es cierto existe libertad probatoria para demostrar la existencia de un contrato de trabajo a término fijo y el documento denominado resumen de contrato para VISA TP4, puede contener los requisitos mínimos del artículo 39 del CST, tales como tipo de contrato, labores y duración del mismo; para el presente caso estima la Sala que las partes ya habían pactado con toda claridad y esquematización los clausulados que regirían su vinculación, a través del contrato de trabajo íntegro que contenía el objeto contractual, la jornada, el derecho del empleador a variar el lugar de trabajo, la remuneración, las faltas graves, seguridad social, duración, periodo de prueba, gastos de regreso y cláusula de confidencialidad.

Por ende, cualquier modificación a este clausulado debía derivar de una demostración clara, concreta y expresa de la voluntad de las partes, principalmente por ser el trabajador la parte débil e inferior de la relación quien debe consentir cualquier variación sustancial de sus derechos laborales previo al conocimiento informado y suficiente de dicho cambio; nótese que el testigo MAURO ZAMBRANO nada sabe sobre la renovación y el trámite de visado, reportando el testigo ALEJANDRO SARMIENTO que era parte de sus funciones y de su relato se deriva que no hubo negociación alguna, solo que el formato para la renovación se suscribió con la información de contrato a término indefinido, pero no expuso de qué forma se alcanzó esa decisión, más allá que se envió para la firma del actor por correo electrónico y este lo suscribió por lo que daban por aceptadas las condiciones allí pactadas.

Sobre la facultad del empleador para variar las condiciones inicialmente pactadas y su validez en relación con el alegado principio de primacía de la realidad sobre las formas, la Sala de Casación Laboral en providencia SL2730 de 2019 recuerda:

“si bien los empleadores gozan de libertad a la hora de escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, dentro de las variadas posibilidades concebidas por la ley, ésta Corporación ha sido enfática en advertir que las formas jurídicas previstas por el legislador no pueden ser indebidamente utilizadas por el empleador para propósitos como eludir las garantías mínimas legales establecidas, de ahí que ha exigido a los jueces tener especial cuidado en tales eventos y verificar la existencia de un cambio real en el objeto del contrato o en sus condiciones que justifiquen la variación de la modalidad contractual, con el fin de evitar que los cambios realizados se empleen para desconocer los derechos mínimos de los trabajadores. (...)”

En efecto, en sentencia CSJ SL804-2018 la Sala precisó que: (...) si bien las partes gozan de autonomía para suscribir contratos de trabajo a término fijo, así como para variar las condiciones de su vínculo laboral, en desarrollo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y de irrenunciabilidad de derechos laborales, esa novación de las condiciones del contrato de trabajo solo resulta válida si se corresponde con la realidad, es decir, si se identifica con un cambio real en el objeto del contrato o en sus condiciones y no se queda en el plano meramente formal, de manera que sirve como mera estratagema para eliminar garantías especiales para el trabajador.”

En este asunto, no se evidencia que el alegado cambio de modalidad del contrato de trabajo de término fijo a indefinido esté justificado en una situación del servicio; si bien alega el demandado que se hizo como parte de la renovación de visado para que el nuevo no tuviera fecha de expiración, lo cierto es que la norma citada previamente delimita la vigencia en 3 años, por lo que dicha argumentación no es admisible. Derivándose la única consecuencia en la facultad de finalizar el contrato de trabajo con una indemnización notoriamente inferior a la que le correspondería en el caso de terminación unilateral temprana, como sucedió eventualmente y sin que dicho cambio estuviera precedido de una notificación previa adecuada, de una facultad previamente pactada entre las partes o por una voluntad conjunta clara y expresa como alega el apelante.

No son de recibo entonces los argumentos invocados en el recurso de apelación por la parte demandada y ante ello, esta Sala confirmará la decisión adoptada en primera instancia que condenó a la reliquidación de la indemnización por despido injusto por el tiempo que hacía falta para terminar la prórroga del contrato a término fijo inicialmente pactado entre las partes que corresponde a los 10 meses liquidados por el *a quo*.

Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fijense como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor del actor.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 11 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la demandada. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante por un salario mínimo mensual legal vigente a favor del actor.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-498-31-05-001-2018-00260-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19400
JUZGADO UNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA
DEMANDANTE: ÁLVARO MIGUEL REDONDO OLIVA
DEMANDADO: FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA
ASUNTO: CONTRATO DE TRABAJO
TEMA: APELACIÓN

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

San José de Cúcuta, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (N. de S.), procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida el 25 de junio de 2021 por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-498-31-05-001-2018-00260-00 y P.T. No. 19400 promovido ÁLVARO MIGUEL REDONDO OLIVA a través de apoderado judicial contra la FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA para el Bienestar Social S.A.S.

I. ANTECEDENTES.

El demandante a través de demanda ordinaria laboral de primera instancia solicita que se declare la existencia de una relación laboral con la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A.S, desde el 1º de marzo de 2004 hasta el 31 de mayo de 2018 terminado sin justa causa; en consecuencia, que la demandada sea condenada, al pago de 5 salarios adeudados, al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales: cesantías, intereses, prima de servicios, vacaciones, seguridad social integral, indemnización moratoria art 65 CST, indemnización por despido sin justa causa ART. 64 CST; al uso de las facultades extra y ultra petita y las costas procesales.

II. HECHOS.

El demandante fundamenta sus pretensiones en que inició labores para la demandada de manera ininterrumpida desde el 1º de marzo de 2004 hasta el 31 de mayo de 2018 como médico general en el Municipio de Abrego, Norte de Santander, último salario fue de \$1.630.000; que el último contrato fue firmado el día 25 de octubre de 2016 por seis años comprendidos ente el 16 de enero de 2017 hasta el 15 de enero de 2023 (sic), que laboró de lunes a viernes dos horas diarias atendiendo pacientes que le agendaba la FMP; que el trabajo lo realizó en forma personal, obedeciendo las instrucción del empleador y recibiendo la respectiva retribución económica, esto es, era subordinado;

que al finalizar el contrato ni el empleador ni su representante o administrador le pagaron la liquidación y prestaciones sociales ni le pagaron la indemnización por despido sin justa causa. Que cumplió las órdenes dadas por la dirección de la FMP, atendiendo pacientes asignados bajo los lineamientos de la subordinación y dependencia de esta. Que utilizó las instalaciones y los equipos proporcionados por la entidad demandada, que realizó la prestación en forma personal, obedeciendo las instrucciones del empleador, que nunca disfrutó de vacaciones, ni prima de servicios, que la empresa le adeuda 5 meses de salario.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA.

LA FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA para el Bienestar Social S.A.S, por intermedio de su apoderada judicial, contestó la demanda, aceptando parcialmente los hechos no son ciertos y oponiéndose a todas las pretensiones de la misma, alegando que la relación con el actor fue netamente civil, a través de un contrato civil de prestación de servicios médicos profesionales independientes; que el demandante fungía como contratista, se le cancelaban honorarios por los servicios prestados, que no hay cabida para la reclamación ya que no existió contrato de trabajo. Propuso como excepciones de fondo, la carencia del derecho reclamado, inexistencia de las obligaciones laborales, el cobro de lo no debido, la mala fe del actor la genérica u oficiosa.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA en sentencia de fecha 25 de junio de 2021, declaró probada la excepción de mérito propuesta por la demandada llamada INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN LABORAL, en consecuencia, absolvió a la FUNDACION MÉDICO PREVENTIVA de todas las pretensiones incoadas por el demandante ALVARO MIGUEL REDONDO OLIVA y condenó al último en costas procesales.

El Juez A quo indicó que, de las pruebas documentales traídas por las partes y las declaraciones rendidas en audiencia en especial, las manifestaciones del actor y las de su secretaria, evidenciaron que la prestación del servicio fue ejecutada en forma autónoma e independiente, es decir, se desvirtuó la presunción del art. 24 del CST.

V. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado judicial del demandante solicitó revocar en su totalidad la sentencia anterior, alegando que se equivocó la Juez A quo en determinar que no existía una relación de carácter laboral entre las partes; aseguró que el Juez omitió realizar un estudio a profundidad del caudal probatorio, donde se demostró que el demandante era el único médico general en el Municipio de Abrego que atendía para la demandada, que el horario y la papelería eran dispuestos por la pasiva, que la FMP ordenó al actor entregar los medicamentos del dispensario según lo dispuso el Instituto Departamental

de Salud, que lo manifestado por la Dra. Nancy Gómez fue ambiguo porque no explicó de forma clara quien daba las directrices al demandante para realizar su labor.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado judicial del demandante ratificó lo argumentado en el recurso de apelación, alegando que el Juez A quo omitió declarar los extremos temporales acercados a través de testigos veraces y que no fueron tachados, *desdibujando plenamente el artículo 01 del Código Sustantivo del Trabajo y S.S., dejando de manera desproporcionada la balanza de la justicia a favor del demandado, apartándose el honorable juez del precepto constitucional del principio de favorabilidad que arroja al trabajador, no solo desde la órbita nacional, sino también bajo el ordenamiento internacional al cual estamos obligados por preceptos del bloque de constitucionalidad.*

Sostuvo que la vinculación laboral se dio desde día 1 de marzo de 2004 hasta el 31 de mayo de 2018, hecho que en ningún momento fueron controvertidos por la demandada, siendo de público conocimiento que el demandante era el único médico que representaba a la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA en el municipio de Abrego, cobijándolo de la presunción contemplada en el artículo 24 del código sustantivo de trabajo, la cual, asegura que no pudo ser desvirtuada.

Afirma que el fallador se apartó de los conceptos de favorabilidad que cobijan al trabajador y trasladó la carga de la prueba al demandante y no en la valoración objetiva de las actuaciones de la demandada, *“si bien es cierto la pobre actitud del médico en la entrevista realizada bajo el interrogatorio de parte por el JUEZ UNICO LABORAL DE OCAÑA, no es óbice para desestimar lo que en realidad era contundente y evidente de bulto, puesto que la demandada reconoció que el médico ALVARO MIGUEL REDONDO OLIVA si prestaba sus servicios para la demandada, y acertó al no desconocer que el único medico contratado por la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA en el municipio de Abrego era el demandante...”*.

Solicitó que sean valoradas las pruebas que logran acreditar el cumplimiento de los presupuestos de los artículos 22, 23 del código sustantivo de trabajo, dando como resultado una real y verdadera vinculación laboral y no una relación enmarcada bajo el contrato de prestación de servicios profesionales, desdibujando así el vínculo laboral existente.

Manifestó que los argumentos del Juez A quo son sesgados, al determinar que, porque el consultorio era de propiedad del actor y la FMP no invertía en la infraestructura del mismo, negándole la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas. Sostiene que deberán verificarse los principios de favorabilidad y primacía de la realidad.

Que está claro que el médico atendía en su consultorio, ya que era uno de los requisitos para celebrar el contrato de prestación de servicios con la FMP con el fin de que la empleadora evitara la inversión; señala que *“era evidente que contara con una secretaria pues es la mano derecha que organiza administrativamente sus labores”*, alega *“es obvio*

que lo utilizara para atender otro tipo de pacientes en los momentos que estuviera sin pacientes de la FMP...". Expone que los contratos de prestación de servicios se desdibujaron con el tiempo, que la corte en múltiples sentencias se ha manifestado, que el hecho de la exclusividad del trabajador para desarrollar los contratos no es una talanquera que le impida rogar del juez laboral la existencia del contrato laboral y por ende tampoco es la prueba reina que permita al empleador salir adelante ante la negativa de cancelar los derechos ciertos e indiscutibles del empleado y sus posteriores sanciones, la exclusividad o no del trabajador para desarrollar actividades a favor única y exclusivamente del empleador no es la única razón para decidir de la existencia o no de un contrato laboral.

La apoderada judicial de la demandada FMP, pide confirmar la decisión de primera instancia, alegando que se probó que entre la pasiva y el demandante señor Álvaro Miguel Redondo, no existió vínculo laboral, sino por el contrario, su única relación fue de tipo civil, contrato ejecutado por la parte actora de manera autónoma e independiente, *servicio prestado en su consultorio particular sin el más mínimo asomo de subordinación.*

Aseguró que la demandada pudo desvirtuar todas las pretensiones referidas en la demanda, por carecer de sustentos facticos y legales; ratificando como probada la **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION LABORAL.**

Sostiene que se comprobó que *"jamás hubo subordinación ni dependencia"*, que el demandante se comprometió a ejecutar un contrato de prestación de servicios profesionales independientes; que el Dr. Álvaro Redondo, presentaba el horario en el que él podía cumplir con lo convenido; que se dio una actividad coordinada con la entidad, basadas en las cláusulas contractuales.

Afirma que el contratista dispuso siempre de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Una vez vencido el término para presentar alegatos de segunda instancia, procede la Sala a proferir sentencia, conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico.

Le corresponderá a la Sala determinar si la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A.S, logró desvirtuar la presunción prevista en el art. 24 del CST respecto a la prestación del servicio ejecutada por el demandante Álvaro Miguel Redondo Oliva, según lo resuelto por el Juez A quo, o si el servicio prestado por el demandante a la demandada fue en virtud de una relación de carácter laboral en aplicación a la primacía de la realidad de acuerdo a lo expuesto en el recurso de apelación; de prosperar las resultas a favor de la parte activa, sería procedente el pago

de las prestaciones sociales, los aportes a seguridad social y si procede la Indemnización moratoria del art. 65 del CST; además, verificar si se configuró el despido sin justa causa procediendo la sanción del art. 64 del CST.

En primer lugar, se tiene que el Juez de primera instancia absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas por el demandante, argumentado que, a pesar de haberse demostrado la prestación del servicio, la ejecución de la labor fue desarrollada en forma autónoma e independiente, según las declaraciones rendidas por el mismo actor y los demás testigos; argumento que contradice el apoderado recurrente, quien alegó que el Juez A quo no realizó la valoración probatoria a profundidad, que omitió darle aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad al trabajador, además, insiste que, de las declaraciones rendidas por los testigos, se demostraron los extremos laborales y como elemento principal, que el actor era el único médico general que prestaba los servicios a favor de la Fundación Médico Preventiva en el Municipio de Abrego.

Así las cosas, en este asunto quedó zanjada la disputa respecto a la prestación del servicio del demandante a favor de la demandada, luego entonces, la parte activa se beneficia automáticamente de la presunción del art. 24 del CST, trasladando la carga probatoria al empleador quien tiene la obligación legal de desvirtuarla mediante pruebas que demuestren que dicha labor se realizó con total independencia y autonomía por ausencia del presupuesto de subordinación.

Conviene recordar, que además de demostrarse la actividad personal que da lugar a la aplicación del artículo 24 del CST, esto es, presumir la existencia del contrato de trabajo, es necesario probar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama, estos son: los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros. (Sentencia CSJ del 6 de marzo de 2012, rad. 42167).

En este sentido, es claro que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es **la subordinación jurídica** del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo. (*Sentencia SL13020-2017 Radicación N.º 48531 dieciséis de agosto de dos mil diecisiete*). Así mismo, la subordinación exige que el trabajador esté sometido al cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, el cual debe mantenerse durante toda la vinculación; no obstante, respecto al contrato de prestación de servicios, en pronunciamientos reiterados por la Corte Suprema de Justicia, se ha dicho lo siguiente: **(1)** Que puede existir una coordinación entre las partes, mediante horarios, solicitud de informes e incluso establecer medidas de supervisión sobre las obligaciones, siempre y cuando no desborden su finalidad al punto de convertirse en subordinación y **(2)** Que, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en

las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada (Sentencias SL5028/18, SL2171/19 y SL4347/2020 entre otras).

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

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

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

Ahora bien, como en este asunto se discute la vinculación entre un particular y una entidad promotora de servicios de salud, deberá tenerse en cuenta las reglas del sistema de seguridad social en salud previstas en la Ley 100 de 1993 y la Ley 1164 de 2007 o ley de talento humano en salud, según lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-2171 del 5 de junio de 2019 rad. No. 74316 que en sus apartes pertinentes indicó:

Ello, porque el subsistema de salud se rige por un conjunto de principios, normas y procedimientos a los cuales deben someterse todos los actores del sistema, incluidos los profesionales de la salud. Asimismo, debe considerarse que una de las transformaciones más relevantes es que las instituciones aseguradoras o prestadoras de servicios de salud deben cumplir con la normativa que las regula, por lo cual frecuentemente se ven compelidas a trasladar algunas de las obligaciones en quienes prestan el servicio de manera directa al paciente, como es el caso de los médicos.

Esas circunstancias, en ocasiones, pueden dar a entender que el contratista de prestación de servicios está subordinado a la empresa contratante; de ahí que, ante esa situación, el juez también está en la obligación de determinar, en cada caso en particular, si la imposición y correlativo cumplimiento de las funciones que debe desempeñar el demandante, son derivadas del sistema de salud o, por el contrario, son las propias del contrato de trabajo.

Igualmente cabe decir, que toda relación contractual viene aparejada de compromisos que deben cumplirse a efecto de que la gestión se desarrolle de la manera que

corresponde, con consecuencias en caso de alteración en dichos encargos, más cuando lo que se pretende es la prestación de un servicio médico asistencial.

Finalmente, el principio de primacía de la realidad sobre las formas constituye un postulado constitucional, sobre el cual se privilegia la realidad objetiva en las que se desarrolla el trabajo, sobre las apariencias o formalidades pactadas por las partes, por lo tanto, su objetivo final consiste en descubrir la verdadera esencia de la relación a partir del análisis de todas las pruebas allegadas al proceso.

Por consiguiente y teniendo en cuenta que el fundamento del recurso de alzada se orienta a la aplicación del principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponderá al Juez, analizar cada caso en particular, a fin de verificar si la situación fáctica, permite establecer elementos constitutivos de la subordinación, preservando las garantías protectoras del derecho laboral y las facultades en materia de valoración de los elementos de convicción.

Caudal Probatorio.

Descendiendo al caso en concreto, se examinarán los documentos y las declaraciones rendidas en audiencia, de las cuales, el apelante alega, que fueron erróneamente valoradas por el A quo, en aras de verificar si se desvirtuó el elemento de la subordinación.

- 1) A folios 18-29 PDF 001 y folios 18-37 PDF 002 se aportaron los contratos de prestación de servicios suscritos entre el actor y la demandada.
- 2) A folios 38-50 del PDF 002 se aportaron cuentas de cobro y comprobantes de egreso respecto al pago por la prestación del servicio.
- 3) A folio 30-31 del PDF001, la parte actora presentó un documento llamado ACTA DE REUNIÓN en la que participaron el señor Redondo Oliva, las señoras Angélica Reyes como secretaria y Mabel Amaya como regente de farmacia, en la que por disposición del Instituto Departamental de Salud se hace el traslado del dispensario del Municipio de Abrego el cual funcionada en el consultorio del Dr. Redondo para la droguería de nombre "ABREGO" ya que el dispensario no cumplía con las normas exigidas por el Servicio de Salud Departamental.
- 4) A folio 32 del PDF001, se aportó una carta expedida por el Subgerente de servicios de salud de la FMP, dirigida al demandante con fecha del 28 de julio de 2007, en la que le solicita documentos faltantes para la legalización del contrato, en especial, la póliza de responsabilidad civil, el formato de hoja de vida de proveedor entre otras.

Las declaraciones rendidas en audiencia fueron:

El demandante **Álvaro Miguel Redondo** manifestó bajo la gravedad de juramento que, se vinculó a la FMP a través de contrato de prestación de servicios como médico general para atender a los pacientes en el Municipio de Abrego, Norte de Santander, el horario de atención era de lunes a viernes de 4-6 pm; afirma que dicho horario se lo impuso la FMP a través de la dirección médica de la empresa en Ocaña, pero no recuerda el nombre del director, cree que fue el Dr. CRIADO; sostuvo que las consultas las atendía en su consultorio particular, que las herramientas eran propias, que su secretaria era quien llenaba la agenda, que el pago de la secretaria lo hacía él.

Señaló que en algunas ocasiones, había excepciones en la atención de los pacientes, llegaba un paciente adicional y se atendía después de ese horario; asegura que recibía órdenes de la Fundación Medico Preventiva, como por ejemplo, realizar algunas consultas domiciliarias, que nunca tuvo llamados de atención y ningún problema con pacientes; que la empresa le pagaba a través de consignaciones bancarias mensualmente, no recuerda el valor exacto y que prestó el servicio desde el 2004 hasta mayo de 2018 de forma continua sin ningún contratiempo.

Afirmó que casi nunca pidió permiso para ausentarse ante la FMP, sin embargo, cuando se le presentaba alguna eventualidad, junto con su secretaria reprogramaba las citas médicas, la secretaria los llamaba y los reprogramaba para otro día.

Que siempre le pagaban lo mismo, por un tope de pacientes, les exigían tantas consultas por mes, siempre un mínimo de pacientes, no recuerda el número de pacientes.

Que no recuerda la modalidad del contrato firmado con la demandada, pero cree que fue por atención de pacientes, sí atendía consultas en el consultorio particular, aseguró que la FMP no tenía sede en Abrego; que la FMP no le pagaba arrendamiento por su consultorio; dice que ofreció a mutuo propio el consultorio y lo adecuo, usando sus propias herramientas para poder firmar el Contrato de Prestación de Servicios con la FMP. Sostuvo que cobraba a la demandada a través de cuentas de cobro mensuales y que pagaba de forma independiente la Seguridad Social; Aseveró que enviaba informes a Ocaña como la atención de los pacientes a través del RIPS y remitía pacientes a la sede de Ocaña; Insistió que era supervisado por el director de Ocaña por vía telefónica pero no sabe el nombre del director; y que también laborada en el Hospital de Abrego por contratación.

El señor **Fabian Torrado** manifestó bajo la gravedad de juramento que, conoce al demandante, que es beneficiario de los servicios de salud que presta la FMP porque su esposa es docente, dice que asistió a consulta médica con el demandante porque fue asignada por la FMP, cree que el consultorio médico donde atendía el Dr. Redondo era arrendado; asegura que la FMP no tiene sede en Abrego; dice que asistió con el doctor de lunes a viernes de 4-6 p.m., que asistió a varios controles porque padecía varios motivos de salud, y porque llevaba a sus hijas, que no tiene conocimiento que el doctor atendía otros pacientes de otras entidades, que sacaba las citas con la secretaria del doctor, la señora angélica y para una remisión a especialista, el doctor redondo lo remitía a la sede en Ocaña; que el único médico de la FMP en Abrego era el demandante; que los afiliados obtuvieron el conocimiento a través de los compañeros docentes, que se acercó al consultorio y la secretaria le proporcionó el número telefónico, insiste que la FMP no le informó, su conocimiento lo obtuvo por comentarios de los compañeros.

La señora **Doris María Álvarez de Torrado** es docente, dice que conoce al actor porque es quien la atendía como médico general de la FMP, asegura que prestaba los servicios en la Clínica Torcoroma en un consultorio que no sabe de quien es el consultorio, dice que ella sacaba la cita llamando a la clínica y a través de la secretaria angélica agendaba la disponibilidad; afirmó que tuvo conocimiento que el demandante iba atender por comentario de sus compañeros, también supo por los mismos compañeros que el doctor ya no iba atender para la FMP; no recuerda si la FMP tenía otro médico en Abrego, que los exámenes se los enviaba en formatos de la FMP, que el actor la remitía para los especialistas, los atendía de 4-6 p.m.; que no sabe si atendía a pacientes diferentes a la FMP; conoció que él atendía en el Hospital de Ábrego.

La señora **Angélica Reyes Ascanio** manifestó que trabaja con el demandante desde el 2004, actualmente atendiendo pacientes particulares, que no tiene vínculo con la FMP, que le colaboraba al Dr. Redondo, que atendía a los pacientes del magisterio afiliados a la Fundación Medico Preventiva de lunes a viernes de 4-6 desde enero de 2004 hasta mayo 2018, los atendía en el consultorio de propiedad del doctor, no sabe si la FMP le pagaba arriendo, dice que la FMP le indicaba cuantos pacientes debía atender, que inicialmente eran 6 pacientes en las dos horas, luego aumento a 7-10 consultas diarias, aseguró que la FMP le decía que debía atender 100 consultas al mes, manifestándole *“usted mire a ver como las atiende”*, que el doctor le comentó que la FMP le indicaba la cantidad de pacientes que debía atender; sostuvo que el horario lo estableció el Dr. Redondo, a veces reprogramaba citas, ella les avisaba a los pacientes que iban a reprogramar las citas; que no sabe a quién le pedía permiso el doctor, ejemplo cuando tenía que viajar, el doctor reprogramaba las citas, fijaba de 6 a 9 pacientes; que el doctor enviaba las cuentas de cobro a la FMP, pero eso lo hacía personalmente; aseguró que el doctor no atendía otros pacientes, solo los afiliados a la FMP; que usaban papelería de la FMP, la enviaban por mensajería, que en algunas ocasiones el doctor entregó medicamentos a los pacientes que eran suministrados por la FMP, había un dispensario que ella lo administraba, no podía suministrarlos a pacientes que no pertenecieran a la FMP, aseveró que nunca hubo llamados de atención; que una señora vinculada a la FMP revisaba el consultorio para que estuviera apto para la habilitación, luego, el dueño del consultorio se encargaba del arreglo, que el doctor pagaba arriendo; sostiene que el dispensario fue autorizado por el regente de la FMP y el doctor le pidió el favor de entregarlos y los pacientes podían ir en cualquier otro horario a reclamar los medicamentos; Afirmó que el doctor solamente atendía a los profesores de la FMP, que libremente disponía del agendamiento de las citas y las reprogramaba.

La señora **Nancy Gómez** labora en la Clínica Medico Quirúrgica de Cúcuta, trabajó con la FMP desde el 1995 hasta mayo 2020, prestó las funciones en Cúcuta, conoció al demandante porque era prestador médico de Ábrego, era en ese entonces subdirectora administrativa, aseguró que el doctor no debía cumplir horario, tampoco recibía órdenes; afirmó que se realizó un contrato de prestador de servicios, de honorarios, el actor era prestador independiente y la FMP se sometía a los horarios del doctor, en el contrato estaba pactado el número de consultas que debía atender mensualmente y se fijaba unos honorarios, no se pactaba horarios porque el doctor trabajaba en el Hospital, nunca

se le hicieron llamados de atención, que el doctor Redondo presentaba una cuenta de cobro mensual, manejaba un RIPS y relacionaba las consultas atendidas, formato que debía ser llenado con el nombre, cedula, diagnóstico del paciente y su firma (el RIPS), que la FMP no tenía sede en el Municipio de Abrego la sede era en Ocaña, asegura que al doctor nadie lo supervisaba, se le pagaba honorarios más o menos de \$1.600.000 mensual. Que la FIDUPREVISORA terminó el contrato con la FMP y ésta a su vez, terminó el contrato con todos los contratistas, informándoles que el contrato terminaba en febrero de 2018; sostiene que el contrato del magisterio a partir del 1 marzo de 2018 fue con la Unión Temporal integrada FUSC (FOSCAL Y CLINICA BUCARAMANGA), desde ese entonces, la FMP no está prestando servicio para el magisterio, desde el 2018 porque se perdió ese contrato; que el director de la FMP en Ocaña no tenía injerencia en Abrego, el demandante era independiente, que la entrega de la papelería quedó pactada dentro del contrato, la suministraba la FMP; el objeto del contrato era prestar sus servicios profesionales independientes, realizar consulta de medicina general a los usuarios del magisterio.

Caso en concreto.

Al realizar una comparación jurídica entre las pruebas documentales, testimonios e interrogatorios de parte con las normas jurídicas aplicables y lo señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano jurisdiccional ordinario, se concluye que, el vínculo jurídico que se desarrolló entre el demandante ALVARO MIGUEL REDONDO OLIVA y la FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA para el bienestar social S.A.S., fue a través de un contrato de prestación de servicios profesionales, ejecutado de manera autónoma e independiente por el contratista, por las siguientes razones:

- 1) Respecto a que, el demandante era el único médico general que atendía en el Municipio de Abrego por parte de la FMP, la Sala considera que no es indicativo de la subordinación sostenida por el recurrente, pues de las mismas declaraciones rendidas por los testigos, se demostró que, los pacientes podían asistir a las citas médicas en la sede principal de la entidad en Ocaña o en la ciudad de Cúcuta, además, la sociedad demandada no tenía sede en Abrego, razón por la que, en virtud de la autonomía de las partes, dicho servicio médico podía ser contratado con terceros como sucedió en este asunto; por último, se probó que en este asunto, que la prestación del servicio no se efectuó bajo una cláusula de exclusividad como erradamente lo quiere hacer ver el recurrente, puesto que el mismo actor manifestó trabajar en otra institución médica Hospital de Abrego, y en los alegatos presentados por el apoderado judicial, se señaló que el doctor Redondo atendía pacientes particulares en el mismo consultorio lo que ratificó la secretaria Angélica en el testimonio, lo que indica, que las valoraciones dadas por el A quo fueron acertadas respecto a la inexistencia del elemento subordinación en la vinculación entre el demandante y la demandada.

- 2) Otro aspecto que alega el recurrente como hecho presuntivo de subordinación, es la entrega de formatos que debía realizar el actor a la demandada, llamados RIPS, en criterio reiterado por esta Sala, se ha dicho que el control y la supervisión que el contratante de un convenio comercial o civil realiza sobre la ejecución y las obligaciones derivadas de tal relación, en ningún caso es equiparable a los conceptos de subordinación y dependencia propios del contrato de trabajo, pues estas últimas son de naturaleza distinta de aquellos; luego entonces, tal como lo explicó la testigo Nancy Gómez, dichos formatos eran presentados a la entidad para realizar el control de los pacientes atendidos por el demandante, no por ello, puede constituirse este simple hecho de control, un presupuesto del contrato de trabajo.
- 3) Efectivamente, nótese como el actor prestaba sus servicios sin que la encartada le impusiera los horarios, pues los turnos eran programados de acuerdo a la disponibilidad de tiempo que éste comunicará a la FMP para la suscripción del contrato, tal y como se desprende de los dicho por los testigos traídos por el actor y dentro del mismo interrogatorio de parte, quienes manifestaron bajo la gravedad de juramento, que el doctor Redondo trabajaba para otra institución médica, que tenía su consultorio propio o a través de un contrato de arrendamiento que él pagaba directamente al dueño; que para celebrar el contrato con la demandada debía cumplir con las normas de habilitación y, cualquier arreglo a la infraestructura debía realizarla el dueño sin intervención de la FMP; que el doctor pagaba directamente a la secretaria quien le colaboraba con la agenda de atención a los pacientes, además, en caso de presentarse ausencias, él junto con la secretaria, organizaban la agenda y, reprogramaban a los pacientes, todo ello, se repite, sin intervención, control o auditoría de la entidad demandada.

Bajo este entendimiento, anota la Sala que, para el caso del sublite, las circunstancias mencionadas no desquician lo asentado por el Juez A quo de que la **subordinación fue desvirtuada**, puesto que, para el A quo, el desvanecimiento de este elemento propio de la relación laboral se dio en razón principalmente a las declaraciones rendidas por el mismo demandante y de su secretaria la señora Angélica Reyes Ascanio, quienes indicaron que la disponibilidad del horario para la atención de los pacientes afiliados a la FMP, pertenecientes del Magisterio, era de plena autonomía del contratista o proveedor, pues en la práctica no existió obligatoriedad ni se impuso horario alguno para la prestación del servicio, puesto de las pruebas, se dedujo que el actor dispuso con regularidad la ejecución de la labor a su disponibilidad, mediante el manejo propio y autónomo de su agenda personal.

Bajo los anteriores argumentos, el problema jurídico se resuelve en forma desfavorable a las súplicas de la demandante, al concluir que, en virtud del análisis integral de las pruebas, el demandante ALVARO MIGUEL REDONDO OLIVIA realizó la prestación del servicio con autonomía, logrando la FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA bienestar social S.A.S., desvirtuar la presunción prevista en el art. 24 del CST y contrario a lo alegado por el recurrente, en este asunto el postulado de la primacía de la realidad,

demonstró que la vinculación se efectuó bajo un contrato de prestación de servicios profesionales, en consecuencia, se **CONFIRMARÁ** en todas sus partes, la sentencia de primera instancia proferida por el Juez Único Laboral del Circuito de Cúcuta el día 25 de junio de 2021, como se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

Se condenará en costas procesales de segunda instancia a la parte demandante ALVARO MIGUEL REDONDO por no haber prosperado el recurso de apelación, fijando como agencias en derecho, la suma de \$400.000 a favor de la FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA bienestar social S.A.S.

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

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el JUZGADO ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA de fecha 25 de junio de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR al demandante en costas procesales de segunda instancia al no prosperar el recurso de alzada y fijar como agencias en derecho, la suma de \$400.000 a cargo de este y a favor de la demandada.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.



**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. 068, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-498-31-05-001-2018-00284-00
RADICADO INTERNO:	19.541
DEMANDANTE:	ARACELI BARBOSA JIMENEZ
DEMANDADO:	COOPERATIVA ESPECIALIZADA DE AHORRO Y CREDITO - CREDISERVIR

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante sobre la sentencia del 18 de febrero de 2.021 que fue proferida por el Juzgado Único Laboral de Ocaña.

1. ANTECEDENTES

La señora ARACELI BARBOSA JIMENEZ interpuso demanda ordinaria laboral contra la COOPERATIVA ESPECIALIZADA DE AHORRO Y CREDITO CREDISERVIR, solicitando que se declare que la terminación del contrato de trabajo generó perjuicios morales y a la vida en relación en virtud de las manifestaciones que fueron realizadas de forma pública por parte del gerente de la entidad demandada en su contra. También solicita que se condene a la demandada a pagar por los daños materiales e inmateriales como lo son: Lucro cesante: al no permitírsele adquirir con sus cotizaciones la posible pensión de vejez; perjuicios morales: por los daños causados por la tristeza y afectación interna con la que tuvo que lidiar por la forma como fue acusada y sacada de la empresa por situaciones no probadas, desconociendo su trayectoria y afectando su buen nombre y tranquilidad; y por daño a la vida de relación: al perder sus amistades al interior de la empresa por lo sucedido, al verse afectada su relación familiar, al perder su estatus social y sus condiciones socioeconómicas.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que laboró para CREDISERVIR de la ciudad de Ocaña a través de un contrato de trabajo a término indefinido suscrito el día 23 de marzo de 1.996, desarrollando sus funciones en forma continua e ininterrumpida, cumpliendo con el contrato pactado con la empresa, con honestidad, rectitud, probidad, lealtad, sin que en dicho trayecto laboral tuviere ningún llamado de atención. Que durante todo el tiempo de servicio ejerció los cargos de Auxiliar de Cartera, Coordinadora de Caja y finalmente el de Coordinador Operativo. Que el salario recibido en el último año laborado fue de \$2.346.000.

- Que el día 01 de diciembre de 2.015, le terminan el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa, y de conformidad con el artículo 6A del CST, le fue pagada la respectiva indemnización. Que dicha terminación le fue notificada por

escrito, antes del mediodía de la fecha citada, señalándose en el escrito que la decisión era efectiva a la finalización de la jornada del trabajo de ese mismo día, sin embargo, el funcionario William Barbosa, quién le entregó dicha comunicación, le solicitó de forma inmediata a la notificación, la entrega de la escarapela que la acreditaba como funcionaria, sin haberse terminado la jornada laboral.

- Que el mismo día de la entrega de la notificación de la terminación del contrato, el representante legal de CREDISERVIR señor EDUARDO CARREÑO BUENO, convocó a una reunión a eso de la 1:40 p.m., con los funcionarios de la parte administrativa de la oficina centro de la ciudad de Ocaña; en donde informó que la decisión de terminación de su contrato correspondía a que ella estaba prestando dinero a un tercero, exponiendo en forma concluyente que el motivo principal de la terminación había sido su deslealtad.

- Que, por lo anterior, fue engañada bajo un supuesto despido sin justa causa, se le violó debido proceso y el derecho de defensa. Que la empresa la atacó en público, delante de sus compañeros y sin estar presente.

- Que, ante la injusta decisión de la empresa, se vio obligada a manifestar por escrito ante el Inspector de Trabajo de Ocaña, a las 4:45 pm del día 01 de diciembre de 2015 (sin que se hubiera terminado la jornada laboral), la consideración sobre la cancelación del contrato, arbitraria e injusta, que le afectó su parte emocional.

- Que el día 02 de diciembre de 2015 el representante legal de la Cooperativa demandada, reunió a los empleados de la parte operativa y los empleados de la fundación, y reiteró nuevamente, la razón de su despido, diciendo que este se daba porque una señora había ido a la entidad a manifestar que ella le había hecho un préstamo personal y que eso era deslealtad con la cooperativa.

- Que al sentirse violentada con las manifestaciones públicas realizadas por el representante de la cooperativa CREDISERVIR, presentó denuncia penal a través de apoderado judicial, ante la Fiscalía General de la Nación en el mes de marzo de 2016, por el delito de injuria y calumnia. En diligencia del día 16 de diciembre de 2016, estando presentes las partes en la fiscalía, manifestó que quería una reparación por el daño ocasionado de injuria, calumnia y difamación, lo que reiteró el 22 de septiembre de 2016, en acta de no acuerdo conciliatorio dentro del mismo proceso penal, por el daño que se produjo con la desvinculación y que en la misma diligencia el señor Eduardo Carreño manifestó “Todo ocurre porque la señora Myriam Torrado Mantilla se comunica conmigo para tramitar un crédito, por estar ocupado envió un compañero para que la atienda, me comunica que la señora ARACELI fue quién le prestó un dinero, razón por la cual tomé la decisión de cancelar el contrato sin justa causa”. Que actualmente el denuncia penal se archivó por considerarse como una conducta atípica y a la fecha no existe proceso penal ante autoridad judicial.

- Que las acusaciones y la forma como se dio la desvinculación, conllevaron a su sufrimiento, pues los primeros días no dormía y en la actualidad tiene problemas para conciliar el sueño, lloraba mucho, sentía la necesidad de ser escuchada por la entidad, pero no encontraba la forma de lograr llevar el mensaje a todos los compañeros, no quería salir a la calle, se sentía sola, abandonada, rechazada, entre otras conductas que causaron daños y la afectaron.

- Que le ocasionaron daños en la vida en relación pues al haber laborado más de 19 años en la entidad, las personas más cercanas, allegadas a ella y su núcleo familiar eran sus mismos compañeros de trabajo, quienes se alejaron por las acusaciones realizadas por el gerente y temían que en la empresa los vieran hablando con ella o interactuando.

- Que las relaciones con el núcleo familiar se vieron afectadas, pues su situación conllevó a que tuviera un trato distante con sus hijos, malos tratos y gritos

hacia sus personas cercanas, y además que se perjudicara su vida marital por el constante llanto y otras situaciones a las que se vio sometida de forma injusta.

- Que con su desvinculación se truncó la posibilidad de obtener ingresos y de adquirir un nuevo empleo, ya que en la actualidad cuenta con 47 años, y es imposible que se abra el mercado laboral por su edad, pese a que ha presentado hojas de vida en diferentes entidades, lo que le genera problemas económicos pues dependía de su salario para cumplir con obligaciones familiares y bancarias, y no ha logrado estabilizar sus finanzas.

- Que también se truncó la posibilidad de obtener su pensión de jubilación y no se tuvo en cuenta que hace parte del retén social, como pre pensionada, pues le faltaban pocas semanas de cotización y menos de 10 años para adquirir su estatus mínimo pensional.

- Que, por lo anterior, se vio en la obligación de ingresar al sistema de subsidio de Colombia mayor, por un salario mínimo. Que, si continuara laborando, cuando cumpliera la edad y semanas de cotización, el ingreso base de cotización sería mucho mayor para efectos de definirse el ingreso base de liquidación, lo que debe tenerse en cuenta como lucro cesante.

- Que el 06 de diciembre de 2.017 radicó solicitud de prueba anticipada con el fin de llevar a cabo inspección judicial con exhibición de documento y testimonio del señor EDUARDO CARREÑO BUENO, la cual se llevó a cabo el 04 de marzo de 2.018.

La demandada COOPERATIVA ESPECIALIZADA DE AHORRO Y CREDITO CREDISERVIR a través de apoderada judicial contestó:

- Aceptó los hechos relacionados a existencia de contrato laboral, extremos de la relación laboral, salario al momento del despido y cargos ocupados por la demandante. Indicó que en el transcurso de la relación laboral la actora tuvo varios llamados de atención por diferentes razones, acorde a la historia disciplinaria.

- Manifestó que la desvinculación se hizo de conformidad con el artículo 64 del C.S.T., cancelando la respectiva indemnización por valor de \$32.872.356, que se trató de terminación sin justa causa por lo que en la carta de terminación del contrato no se invocó ninguna causal y no tenía la obligación de darle una oportunidad a la demandante para que se defendiera pues en ningún momento la acusó de lago

- Que no ha realizado manifestaciones públicas en contra de la demandante, y tampoco la ha injuriado, ni calumniado, por lo tanto, los perjuicios que alega no existen y deben desestimarse las pretensiones por carecer de fundamento real y jurídico al no ser ciertos los señalamientos que hace la actora.

- Que con posterioridad al retiro de la actora se notificó al personal de esto para que conocieran que la empresa no contaba más con su colaboración y para informar quien cubriría o entraría a ejercer su cargo. Notificaciones que son necesarias al retiro de un trabajador para el cabal funcionamiento de la empresa.

- Respecto al momento de entrega de la carta de terminación del contrato, en la cual se indicaba que la misma surtía efectos al finalizar la jornada de trabajo, señaló que al solicitar el funcionario WILLIAM BARBOSA la firma de recibido, la actora se opuso y se retiró de manera inmediata de las instalaciones de la Cooperativa y la prueba es que en ese mismo día a las 4:30 p.m. se presentó ante el Ministerio del Trabajo con el fin de manifestar su desacuerdo con la decisión tomada.

- Que la demandante no fue engañada porque los términos de la carta de despido son claros y no ofrecen confusión, que no vulneró los derechos de la actora y desconoce si la decisión de la terminación unilateral del contrato junto con el pago

de la indemnización la afectaron emocionalmente, pues es un aspecto que pertenece a su esfera personal, en el cual no tiene ninguna injerencia.

- Que se debe tener en cuenta que el salario promedio al momento de salir la accionante de la COOPERATIVA ascendía a la suma de \$2.346.000 y la indemnización cancelada fue por valor de \$32.872.356, esto quiere decir viéndolo de una manera diferente, que le fue cancelado por adelantado los salarios de dos años y medio, ofreciéndole estabilidad económica y el tiempo suficiente para que consiguiera un nuevo trabajo.

- Qué no es cierto que el representante legal de la Cooperativa CREDISERVIR haya realizado manifestaciones públicas en contra de la demandante y que la denuncia penal en su contra se archivó porque la Fiscalía determinó que no ha incurrido en las conductas de injuria, calumnia ni difamación contra la actora.

- Que la demandante es socia de la Cooperativa CREDISERVIR, pertenece a la Asamblea General y el 20 de noviembre de 2016 fue reelegida como Delegada Principal de la misma para el periodo de 2017 a 2020, obteniendo 62 votos a su favor de parte de los asociados, en los cuales pueden también estar incluidos trabajadores de la Cooperativa; como resultado de la elección ocupó el puesto 21 de 137 aspirantes en el municipio de Ocaña, por lo tanto no son ciertas las manifestaciones que ella hace respecto al daño en vida en relación y que sus amigos de trabajo y conocidos se alejaron de su vida.

- Que además de lo anterior, la demandante visita las instalaciones de la entidad de manera constante porque ha realizado varios créditos con la Cooperativa aún después del retiro de la empresa, siendo el contacto normal, por ende, no entienden sus consideraciones fuera de lugar.

- Que no tiene ninguna responsabilidad frente al mal comportamiento que aduce la demandante haber tenido con su familia. Que con la terminación de la relación laboral no se truncó la posibilidad de la actora de obtener ingresos y adquirir un nuevo empleo, pues estos beneficios no tienen ninguna relación con su retiro. Que la empresa no ha truncado la posibilidad de la actora de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y esta no es pre pensionada según lo dispuesto por la corte constitucional en sentencia T-357 de 2016.

- Que desconoce si la actora ingresó al Sistema de Subsidio de Colombia mayor pues lo sucedido después de su retiro de la empresa se atribuye solo a sus propias decisiones.

- Que igualmente desconoce si la demandante dependía económicamente de su salario para el sostenimiento de su núcleo familiar porque es un tema que hace parte de su esfera personal, sin embargo informan que la misma al solicitar préstamos a la Cooperativa CREDISERVIR debe cumplir con ciertos requisitos como tener bienes raíces que soporten la fianzas de las deudas y tener ingresos permanentes que permitan evidenciar el pago de las cuotas, y ha cumplido con todos los requisitos, como fueron los créditos desembolsados en las fechas: 1 de Noviembre de 2016, 19 de junio de 2017 y 23 de abril de 2018.

- Propuso las excepciones de cosa juzgada, prescripción, inexistencia de la obligación, compensación, buena fe, pago y la innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 18 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, mediante la cual se resolvió:

*“PRIMERO: **NO CONCEDER** las pretensiones solicitadas por la señora **ARACELI BARBOSA JIMENEZ** en contra de la entidad **COOPERATIVA CREDISERVIR**, por lo manifestado en las consideraciones.*

*SEGUNDO: **DAR** por demostrada la EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DEL DERECHO propuesta por la parte demandada.*

*TERCERO: **CONDENAR** a la demandante al pago de las costas en agencias de derecho por valor de \$800.000.”*

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Indicó, respecto de la pérdida de amistades dentro de la empresa que todos los testigos de la parte demandante e incluso algunos de la parte demandada, aceptaron conocer a la actora y tener un buen trato con ella, pero ninguno de ellos manifestó ser su amigo, de hecho todos manifestaron que después del despido no la visitaron y ninguno afirmó frecuentarla antes o después de su vínculo con la demandada, más allá de las reuniones con la empresa, incluso la misma demandante en su interrogatorio de parte se refirió a ellos como compañeros de trabajo, situación poco probable con un amigo, por lo que entonces no es posible que haya perdido amigos que eran como familia a causa del despido y tampoco se demostró que estos dejarán de tener contacto con ella por presión alguna de la empresa.

- Señaló, que en relación a los manifestado en la demanda por la actora sobre la afectación a su vida familiar, no se allegó prueba al proceso y en su interrogatorio de parte, la actora se limitó a indicar que en su casa le habían afectado a su mamá, a su esposo o a sus hijos, pero no agregó una situación concreta y particular pese a la libertad probatoria con la que se goza en esta materia en el ámbito laboral, y con el simple hecho de decir que se sentía mal el juez no puede suponer que se haya ocasionado un daño, pues no se demostró ese deterioro en la calidad de vida.

- En cuanto a la pérdida y dificultad de relacionarse con las personas y cosas, manifestó que está demostrado que la demandante hace parte como representante legal de la entidad elegida por votos, que suele salir a caminar con su esposo al aire libre y sigue con sus sueños y aspiraciones, pues en el interrogatorio señaló que se encontraba en sexto semestre de psicología, por lo que lejos de demostrarse una lesión en su vida en relación, se demuestra que continúa participando activamente y gozando de las misma.

- Que se allegó una prueba documental contundente en una determinación que hace la misma actora al psicólogo, en la cual señaló que tenía mucho llanto y algunas situaciones que la afectaban por el despido, pero se observa que el psicólogo tratante calificó la situación como una labilidad emocional y finalizó indicando en la parte inferior de dicho documento, que después de una terapia se estabilizó, por lo tanto tampoco se encuentra un daño profundo y menos al consultar la labilidad emocional que de acuerdo con el artículo científico de la doctora Sandra Paime, psico gerontóloga especializada en enfermedades neurogenerativos de los servicios sociales sanitarios a particulares y empresas de Barcelona, se indica que se refiere a cambios rápidos en el estado de ánimo que pueden estar o no, generados por estímulos externos, que duran poco tiempo y pueden pasar rápidamente de una emoción a otra; por lo tanto, la comisión médica que se señala por el psicólogo no se compadece con lo señalado ni en la demanda ni por la misma demandante, al manifestar la constancia en los llantos, debido a que la misma situación escrita conlleva a que pase rápidamente de la tristeza a la alegría, de la euforia a la calma, tal y como se indica.

- Respecto de los daños morales causados por la tristeza y afectación interna con la que tuvo que lidiar la demandante por la forma en que fue acusada y sacada

de la empresa, afectando su buen nombre y credibilidad, dijo que uno es el daño moral por el despido injusto y otro el que se pudiese causar por acusaciones hechas por el gerente de la Cooperativa demandada y manifestó no es procedente el pronunciamiento de la justicia laboral sobre la forma en la que fue acusada, pues ocurrió el hecho después de la finalización de la relación laboral y escapa la esencia misma del derecho, que se ocupa de conflictos laborales que se derivan directa o indirectamente del contrato de trabajo, conflictos jurídicos referidos a las obligaciones de empleador y trabajador, y que una vez terminado el vínculo, deja cada uno de ostentar esa calidad y trasciende a otra órbita.

- Que, deteniéndose sobre la afectación narrado por la actora, existen unos requisitos jurisprudenciales de carácter probatorio para que pueda concederse la indemnización por daño moral y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha sido estricta en señalar que este tipo de reparaciones es excepcional y ha fijado unos parámetros.

- Que todos los testigos señalaron que la demandante era una excelente persona, una excelente trabajadora y todos fueron indagados por el despacho sobre si el actuar del gerente de la empresa CREDISERVIR tenía el ánimo de lesionar a la señora Araceli Barbosa, que se hicieron muchas referencias en el proceso a que no ocurrió el préstamo del dinero particular por parte de la actora, pero se pregunta si de haberse puesto una queja estaba obligada la empresa a acudir a una justa causa probable para despedirla y no podía acaso despedirla sin justa causa pagándole indemnización, respecto a lo que concluye que si podría porque es la potestad del trabajador, siempre y cuando pague la indemnización allí referida.

- Respecto a lo alegado por la actora en cuanto a que no se le respetó el debido proceso, indicó que la empresa no estaba obligada a llamarla a rendir descargos para despedirla sin justa causa, que los testigos manifestaron que no había alguna prohibición dentro de la empresa de prestar dineros, entonces no se podía configurar una justa causa pues no estaba prohibido, de manera que acudir a la no justa causa y al pago de la indemnización fue el camino correcto, en el sentido de que se está aplicando una norma legal y que no existe una norma que obligue al empleador a realizar dicho proceso cuando se despide sin justa causa, pues va en contra de la naturaleza misma de la figura, ya que presupone que no va a haber investigación y menos con una justa causa, por ello es que se paga la indemnización.

- Con relación a los requisitos para proceder a la indemnización por los perjuicios morales citó la Sentencia de la Sala Laboral 2199 del 2.019 respecto a que en la indemnización por despido sin justa causa el trabajador puede demostrar el daño moral acreditando el menoscabo de aspectos emocionales, íntimos, familiares o sociales; también trajo a colación la Sentencia 5707 del 2018 y 4503 del 2018 que indican que para que sea posible resarcir el daño moral es indispensable que se pruebe que el despido tenía por objeto lesionar al trabajador o le originó grave detrimento patrimonial, precisando que el detrimento patrimonial no se probó, y frente al tema de la lesión al trabajador los testigos manifestaron que la decisión del señor gerente de CREDISERVIR se trató más de una decisión administrativa.

- Manifestó que la regla para declarar la responsabilidad por el daño sufrido es acreditar este, pero no solo eso, sino que es imputable una conducta por un causante y esta debe ser dolosa o que una entidad quiso lesionar, como lo dicen las jurisprudencias mencionadas, al trabajador con ese actuar, y el nexo causal entre el hecho generador y el daño, que el hecho generador es el despido no situaciones posteriores, por lo que el despacho no entra a determinar si el señor lo dijo en presencia de unos trabajadores, que pudo haber estado probado pero había finalizado el vínculo.

- Preciso que, por lo manifestado por la actora en el interrogatorio respecto al estudio de sus hijos, su vida económica y estatus social se mantuvo o mejoró y no

era cierto que de ella dependiera el núcleo familiar pues su esposo también es docente y tenía o tiene otros negocios.

- Que después de revisada la extensa prueba testimonial y documental encuentra que no se demostró por parte del representante legal de la demandada un actuar contra la demandante para lesionarla, por lo tanto, se probó la excepción de mérito de inexistencia de derecho.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandante:

El apoderado de la señora ARACELI BARBOSA JIMENEZ interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que los sucesos que se encuentran demostrados dentro de la demanda acontecieron de manera simultánea con la terminación de contrato sin justa causa, que a su cliente la sacaron de la empresa y la atacaron ante sus compañeros sin darle la oportunidad de defenderse cuando aún no se había hecho efectiva la terminación, por lo que sobreviene entonces la inquietud de la empresa que presume unos procedimientos internos y un manejo del personal y la ética, que conociendo lo que ellos llaman como una grave afectación a la lealtad deciden terminar el contrato sin justa causa y no iniciar el procedimiento respectivo en caso de que hubiera algún argumento para el mismo, siendo incluso el mismo gerente quien recibió la información y no informó al jefe de personal o a la persona encargada.

- Qué no se establecen cuáles fueron las causas que motivaron al señor Eduardo para llevar a cabo la terminación de la demandante, pero no fue la de la supuesta deslealtad, puesto que esto fue un justificativo de su despido, algo que sirvió para decirle a los funcionarios que si no actuaban o si no realizaban las cosas como están establecidas dentro de su concepción pues simplemente se les podía terminar el contrato. Que fue un acto totalmente ligado a la mala fe del gerente quien de manera simultánea entrega todo un procedimiento de despido sin justa causa con una certificación laboral en buenos términos, pero seguido de ello en su ausencia procede a enlazar su nombre con supuestos e inexistentes actos de lealtad.

- Que los daños causados no fueron con posterioridad a la terminación sino de forma simultánea y por eso si corresponde a la justicia laboral conocer del mismo, son daños derivados de la relación laboral que fueron las causales que motivaron realmente a la terminación, el daño moral fue probado con la lesión que se causó con la dignidad de la actora, situación que de acuerdo con los conceptos de daños se tiene que son todos los perjuicios que afecten los intereses lícitos de la persona, en este caso, siempre y cuando el juez tenga la convicción que la víctima padeció de una aflicción producida por el hecho dañino procede por ende la indemnización, en este caso, el menoscabo moral se encuentra más que demostrado, no derivado del despido sino de la afectación causada con las afirmaciones que se dieron con posterioridad a su terminación pero antes de que se materializara la misma, justificando la terminación del vínculo con los argumentos que justifican esa terminación que no obedece a lo que quedó reflejado en los documentos, la afectación de su cliente no es por la terminación del vínculo, sino por la forma como ella sale de la empresa y que posteriormente se hacen unas manifestaciones y que no se hubiera podido defender de las mismas son las que causan en ella la afectación y por ende de acuerdo a lo que se probó dentro del proceso procede y corresponde que tenga derecho a indemnizar por los daños morales y sobre todo que se causaron en su situación.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

El apoderado judicial de la demandante manifiesta que este caso se trata de la responsabilidad del empleador derivada de un despido injusto que estuvo rodeado de otros sucesos que son el hecho dañino, cuyo daño desborda o es distinto a la indemnización de reparación de perjuicios establecida en el artículo 64 del CST. Que el juez confunde el daño moral, con el patrimonial y sesgó en su juicio el total de pruebas, usando solo aquellas que le permitían tener un fundamentó a favor de la demandada.

Que a la actora la sacaron de la empresa y la atacaron ante sus compañeros, sin posibilidad de defenderse, y aun no se había hecho efectivo la terminación. Que no se está pretendiendo que se establezca que un trabajador tiene derecho a un debido proceso previo a ser despedido sin justa causa, lo que se pretende y está establecido, es que se establezca la responsabilidad por los hechos originados ante el oscuro actuar del empleador. Que no permitir el debido proceso y dejar en el ambiente laboral acusaciones en contra de la actora, constituyen un hecho dañino a manos del gerente de la empresa.

Que del análisis de los testigos se encuentra que el día del despido el representante legal de CREDISERVIR convocó a una reunión a eso de la 1:40 pm, con los funcionarios de la parte administrativa de la oficina centro de la ciudad de Ocaña, informando en dicha reunión la decisión de terminación del contrato de mi poderdante y exponiendo en forma concluyente que el motivo principal de la terminación había sido la deslealtad de la actora con la entidad, también que hacia la media jornada laboral fue que se notificó el despido y que el jefe de seguridad le requirió las llaves y otros elementos a la demandante, hechos que enmarcaron el procedimiento de despido y constituyen el daño.

Que, según el manual de funciones, las funciones de la actora eran de ahorros, nunca de crédito, luego los supuestos hechos que querían endilgarle no habrían podido afectar su rol funcional y la cláusula primera de su contrato la limitaba a trabajar en el mismo oficio, no en otro. Que la cláusula 6 del contrato establece como deslealtad la causal de despido, pero es por revelar secretos, otra causal es el incumplimiento de sus funciones, lo cual no aconteció.

Que es una obligación del empleador guardar respeto a la dignidad. Que el daño moral no tiene ninguna relación con la condición económica de la víctima. Que la actora se sentía parte de la empresa, que al hacer parte del cuerpo directivo y al no tener la oportunidad de que se le oyera y venciera en juicio, por cuanto la empresa utilizó un mecanismo poco leal con ella, grotesco, violatorio de sus derechos y que atentó contra su habeas data, se dejó en vilo el buen nombre de la señora ARACELI BARBOSA JIMENEZ y generó el perjuicio moral reclamado.

Que con lo contestado por la empresa respecto al hecho 21, al manifestar que por el sentimiento respecto al retiro se le canceló una indemnización, se le olvida a esa defensa que el artículo 64 del CST lleva implícita una condición resolutoria que solo repara los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) y no los inmateriales, donde se encuentran este tipo de lesiones emocionales.

Que daño es toda lesión a derechos pecuniarios o no pecuniarios y no va limitado a la configuración del delito de injuria o calumnia, basta la alteración del goce pacífico, o como lo dijo el pronunciamiento de la fiscalía, una amenaza a la convivencia; luego en la fiscalía, a partir de los distintos testimonios, incluso de Eduardo, se pudo establecer que si se hicieron manifestaciones en contra de derechos de la actora.

• PARTE DEMANDADA

El apoderado judicial de la demandada CREDISERVIR solicita confirmar la sentencia de primera instancia, alegando que se logró demostrar que la desvinculación de la demandante se hizo conforme al artículo 64 del C.S.T. y que esta no ocasionó los

perjuicios que reclama la accionante, demostrándose la excepción de inexistencia del derecho.

Que la aplicación de la facultad de terminación de la relación laboral de la actora se configuró legalmente porque la entidad que representa no estaba en la obligación de llamar a rendir descargos a la actora, nunca le enrostró alguna falta, no inició proceso disciplinario y asumió la responsabilidad pecuniaria correspondiente, la cual comprende el daño emergente y el lucro cesante.

Que, por la edad y ausencia de semanas de cotización de la actora, la terminación laboral no representó un obstáculo para obtener su pensión. Que la demandante no probó el daño a la vida en relación por ocasión del despido que mencionó en la demanda. También expresó que no existieron conductas negativas por parte del empleador, ni daños morales, pues la demandante no probó las manifestaciones negativas que supuestamente el gerente realizó de ella, como tampoco que tuvieran lugar de manera concomitante con el despido y el hecho generador del daño debe ser que el despido en sí mismo tuviera como motivo lesionar al trabajador, no de eventos ulteriores a la terminación de la relación laboral, los cuales no hubo.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

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

¿Si con motivo del despido sin justa causa reconocido por la empresa CREDISERVIR frente a la relación laboral que sostuvo con la señora ARACELY BARBOSA JIMENEZ entre el 23 de marzo de 1996 al 1° de diciembre de 2015, se acreditó la ocurrencia de un perjuicio moral que sea susceptible de indemnizar?

7. CONSIDERACIONES:

El presente litigio radica en determinar si la demandante tiene derecho a percibir una indemnización por perjuicio morales causados ante la decisión de su empleador CREDISERVIR, de terminar unilateralmente y sin justa causa la relación laboral que mantuvieron desde marzo de 1996 a diciembre de 2015, fundado acorde a los hechos en la angustia y sentimiento de tristeza que le afectó personal y familiarmente, por cuando dicho despido estuvo fundado en motivos ocultos y derivó en manifestaciones públicas que le afectaron su imagen.

Al respecto, el juez a quo resolvió negar las pretensiones por estimar que la actora no demostró la existencia siquiera de un daño moral que amerite el resarcimiento, destacando que no se evidenció rompimiento de relaciones con sus compañeros de trabajo, ni afectaciones psicológicas graves o daños a su estabilidad familiar y no se probó por parte del representante legal de la demandada un actuar contra la demandante para lesionarla; conclusiones que controvierte la parte demandante, por estimar que el empleador de mala fe y sin garantizar el debido proceso, terminó la relación laboral imputándole públicamente hechos de deslealtad no demostrados y generando un menoscabo moral que debe ser resarcido.

Se recuerda que el artículo 64 del C.S.T. advierte que *“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente”*; normativa que deviene en la facultad que tiene cualquiera de las partes, para unilateralmente finalizar el vínculo y la norma contempla que esto conlleva indemnización a cargo del responsable, pero la misma cubre únicamente el aspecto económico.

Frente a la procedencia del daño moral como indemnización en el marco de una relación laboral, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL14618 del 22 de octubre de 2014, Rad. 39.642 y M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO, ha establecido que la *“indemnización ante la terminación unilateral del contrato sin justa causa, únicamente comprende, en los términos de su artículo 64, el lucro cesante y el daño emergente. Esto significa que es posible que se resarza el daño moral cuando quiera que se pruebe que este se configuró ante una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial”, de manera que es un deber del trabajador establecer la manera en que el despido “trajo consigo el menoscabo de aspectos emocionales de su vida tanto en lo íntimo, como en lo familiar o social”.*

Respecto de su definición, el Tribunal de Cierre en sentencia SL1525 del 25 de enero de 2017, Rad. 37.897 y M.P. FERNANDO CASTILLO ha reiterado que *“los perjuicios morales se delimitan a aquellos subjetivados, o precio del dolor físico y afecciones psicológicas padecidas por el actor” y ha indicado que previamente la Corte ha diferenciado “que los perjuicios morales se dividen en objetivados y subjetivados. Los primeros, son aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; y, los segundos, los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir”.*

Para el presente caso, se advierte inicialmente que los argumentos del apelante destinados a controvertir la naturaleza de la decisión del empleador sobre dar por terminado el contrato sin justa causa, pero alegando que sí existía un motivo oculto, no están llamados a prosperar porque el empleador tiene la facultad legal para terminar la relación sin dar explicaciones al trabajador, bajo la única condición de reconocer la indemnización por daños económicos que contempla el artículo 64 del C.S.T., como efectivamente sucedió.

Por ello, el empleador debe acudir a un procedimiento previamente establecido para despedir, únicamente si quiere relevarse de la indemnización de dicha norma y por ello los argumentos que esboza el apelante sobre no haber tenido la oportunidad de defenderse, son inanes porque estos conllevarían a generar la indemnización que ya recibió.

Aclarado lo anterior, advierte la Sala que la pretensión de este proceso específicamente es reconocer una indemnización adicional como resultado de una afectación moral a la integridad de la trabajadora despedida y esto requiere un escenario diferente al que se plantea para exigir la indemnización del artículo 64 del C.S.T.; pues esta se causa por la mera existencia de un despido injusto, lo que no está en discusión. Mientras la aquí perseguida, requiere que la demandante demuestre un daño moral, proveniente del empleador en razón a su vínculo, con la intención de lesionar; es decir, los mismos elementos de una responsabilidad patronal: daño, culpa y nexo causal, pero dirigidos a la existencia de un perjuicio no patrimonial, es decir en el plano emocional, sentimental e interno de la persona.

Por ello, el perjuicio moral a estudiar se delimita en el daño emocional, sentimental e interno que se pudo haber ocasionado en la señora BARBOSA JIMENEZ tras su despido injusto y abrupto por parte de CREDISERVIR, exponiendo principalmente que como se le despidió sin justa causa no hubo un debido proceso para defenderse de las acusaciones que privadamente en reuniones con otros empleados realizó el gerente sobre actos de deslealtad que le endilgó a la trabajadora y que estas actuaciones y el quedar desempleada, derivaron en un sentimiento de angustia que afectó su psique personal (llanto constante, imposibilidad de conciliar el sueño por la preocupación de no conseguir empleo a su edad), su unidad familiar (derivó en distanciamiento de sus hijos y esposo) y vida social (al romper vínculos con los compañeros por casi 20 años de trabajo que considera amigos).

Según la definición jurisprudencial que ha sido expuesta, un perjuicio moral corresponde exclusivamente al dolor físico o afecciones psicológicas que lesionaron los aspectos emocionales, sentimentales o afectivos del actor; la Corte Suprema en la ya citada Sentencia SL14618 de 2014 indica que es *“obvio que toda pérdida del empleo produce en el individuo frustración, tristeza o sentimientos negativos, tal situación no es la única que debe mirarse para imponer una condena por daño moral, dado que es necesario ponderar la manera como el trabajador se vio afectado en su fuero interno, y cómo la actividad de la empresa lo lesionó injustificadamente”*.

En este sentido, si bien resulta natural el sentimiento negativo que produce en cualquier empleador un despido, la persecución de una condena por daños morales debe estar respaldada por un contexto que permita al juzgador evidenciar que esta afectación configuró una lesión en el fuero interno del trabajador.

Conforme el artículo 61 del C.P.T.S.S.: *“El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes...”*, de manera que, si en la demanda el daño moral se alega configurado en los comentarios descalificativos del gerente de la empresa y en que estos generaron afectaciones emocionales por el impacto del despido y estos comentarios en su vida personal, social y familiar, procede la Sala a revisar si las pruebas aportadas corroboran este escenario, para lo cual se advierte que de lo aportado por las partes solo resultan conducentes para resolver las siguientes:

- Contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes el 23 de junio de 1.996 (páginas 23 – 24 archivo 001 del expediente digitalizado).
- Carta de despido de fecha 01 de diciembre de 2.015 expedida por el Gerente General de la demandada por medio de la cual le informa a la actora la terminación del contrato de trabajo sin justa causa al finalizar la jornada laboral de ese día y que le será pagada su indemnización, prestaciones sociales y demás derechos a su favor (página 25 archivo 001 del expediente digitalizado).
- Certificado de fecha 01 de diciembre de 2.015 expedido por CREDISERVIR a la demandada, en donde consta que esta laboró desde el 23 de marzo de 1.996 hasta ese día, desempeñando como último cargo el de Coordinador Operativo y que durante el tiempo que laboró en esa entidad “se distinguió por su seriedad, responsabilidad, compromiso y honradez en las funciones que le fueron encomendadas, razón por la cual me permito recomendarla como una persona que puede desempeñarse en cualquier trabajo que le sea asignado”.
- Constancia de no acuerdo conciliatorio de fecha 2016/09/22 emitida por la Unidad de Fiscalías de Conciliación Preprocesal de Ocaña, en donde se consignó que el señor EDUARDO CARREÑO BUENO manifestó que tomó la decisión de cancelar el contrato si justa causa debido a que envió un compañero a atender a la señora MYRIAM TORRADO MANTILLA quien se comunicó con él para tramitar un crédito y su compañero le comunicó que la señora ARACELI fue quien le prestó un dinero; respecto a las pretensiones de la actora en ese momento indicó que no estaba dentro de sus funciones administrativas tomar esa decisión (páginas 37 – 42 archivo 001 del expediente digitalizado).
- Acta de recepción de testimonio del señor EDUARDO CARREÑO BUENO como prueba anticipada, elaborada por Juzgado Tercero Civil Municipal de Ocaña el 04 de abril de 2.018, en la cual se consignó que el señor CARREÑO BUENO manifestó que dentro de sus facultades como representante legal de CREDISERVIR estaban las de contratar y despedir personal, y para el caso de la actora autorizó la cancelación del contrato sin justa causa con la

respectiva indemnización. También manifestó que consideró la cancelación del contrato ya que observó de pronto una conducta desleal hacia la entidad, que consistía en que se le informó que la señora ARACELY había prestado un dinero a un asociado, de lo que se enteró porque dicho asociado fue a la Cooperativa a pedir un préstamo para pagar ese dinero, que la lealtad se le debe dar a la institución con la cual trabaja pues podría pensar que tendría una competencia interna, al ser un entidad prestadora de servicios de ahorro y crédito. Que hizo reunión con el personal acerca del desarrollo de las funciones de la señora ARACELY, acerca de las cualidades de esta, pero que si se había identificado el otorgamiento de un crédito (páginas 75 – 78 archivo 001 del expediente digitalizado).

- Resumen de historia clínica emitida a la actora por la Fundación Medico Preventiva para el Bienestar por la atención realizada en fecha 29 de marzo de 2.016 por Psicología, por remisión de médico general por bajo estado emocional, en donde como plan de manejo o análisis del paciente se consignó: “PACIENTE FEMENINA DE 45 AÑOS ASISTE A CONSULTA POR PRIMERA VEZ Y REMITIDA POR MEDICO GENERAL AL ESTAR PRESENTANDO BAJO ESTADO EMOCIONAL CON LABILIDAD EMOCIONAL EL CUAL GENERA LLANTO FACIL Y PERSISTENTE AL HABER SUFRIDO DESPIDO DE SU TRABAJO SIN CAUSA JUSTIFICADA, SE LE BRINDA APOYO PSICOTERAPEUTICO DE FORTALECIMIENTO, MOTIVACIÓN Y SENTIDO DE VIDA CON EL FIN DE AUMENTAR SU AUTOESTIMA, AL FINAL DE LA SESION SE LOGRA ESTABILIZAR SU ESTADO EMOCIONAL, SE RECOMIENDA CONTROL PSICOLOGIA EN DOS MESES” (páginas 59 – 60 archivo 001 del expediente digitalizado).
- Certificado expedido por el Secretario del Consejo de Administración de CREDISERVIR en fecha 20 de septiembre de 2.018, en donde consta que la demandante fue reelegida el 20 de noviembre de 2.016 como delegada principal a la Asamblea General para el periodo 2017- 2020, obteniendo 62 votos (página 234 archivo 001 del expediente digitalizado).
- Certificado de CREDISERVIR de fecha 01 de octubre de 2.018, donde consta que la actora es socia de la entidad desde el 18 de febrero de 1.994 y posee obligaciones vigentes que se desembolsaron en fechas: 01/11/2015, 19/06/2017 y 23/04/2018 (página 277 archivo 001 del expediente digitalizado).
- Testimonio rendido por la señora EMERITA ACOSTA NAVARRO quien manifestó que la demandante fue su jefe en la corporación CREDISERVIR, que la despidieron en el año 2.015 y que era muy buena jefe. Además, indicó que les hacían reuniones y les informaban el porqué del despido a la persona, teniendo en cuenta que esto no incluyera cosas muy personales. Nunca se les prohibió hablar acerca de los despidos ni de lo que se pronunciaba en las reuniones.
- Testimonio rendido por la señora LEIDY DAYANI IBAÑEZ quien manifestó haber sido compañera de la demandante. La testigo entro a laborar el 10 de junio del 2.001 en un cargo administrativo, esta misma trabajó hasta el 27 de enero de 2.016 por cancelación de contrato sin justa causa. Informa que la señora Araceli Barbosa trabajo hasta el 01 de diciembre de 2.015, teniendo en cuenta que para la fecha ella era empleada de CREDISERVIR. No estuvo presente cuando fue despedida la demandante, pero afirmó que su despido se dio por motivo de deslealtad. Desde su punto de vista se quiso lesionar a la señora Araceli Barbosa, teniendo en cuenta que no se le dio la posibilidad de defenderse.
- Testimonio rendido por el señor JANER SANCHEZ CONTRERAS quien manifestó ser amigo de la señora Araceli Barbosa, estudiaron juntos y además de eso trabajaban en la misma cooperativa. Afirmó que la demandante junto

con su esposo realizaba prestamos de dinero. Además, indico haber participado como intermediario para el préstamo de la persona que presentó la queja en CREDISERVIR.

- Testimonio rendido por el señor ELISEO BOHORQUEZ PORTILLO quien manifestó conocer a la señora Araceli Barbosa por medio de CREDISERVIR. Dijo, que una vez la demandante fue despedida esta pasa un informe de lo que estaba sucediendo. Ella manifestó que la despidieron por haber intervenido en un préstamo.
- Testimonio rendido por WILLIAM ANTONIO BARBOSA DURAN quien manifestó conocer a la demandante porque trabajó en la cooperativa y fue informado por el gerente general de la cancelación del contrato de la señora Araceli Barbosa. Él era la persona encargada de informarle, debido a que, aunque tenía a cargo los directores de oficina, Araceli no dependía directamente de él, pero estaba reemplazando en ese momento a un director de oficina y cuando se presentó el suceso él fue informado por el gerente para indicarle a ella la decisión de la administración.
- Testimonio rendido por el señor JORGE DOMINGUEZ quien manifestó que la demandante expresaba el inconformismo del por qué había sido cancelado su contrato, ese inconformismo fue porque supuestamente había facilitado un crédito personal a una asociada. Informa que se le canceló el contrato y se indemnizó a la señora Araceli, también que era una excelente trabajadora y entregada a sus funciones.
- Testimonio rendido por el señor JUAN DE DIOS CHINCHILLA CARDENAS quien manifestó conocer a la señora Araceli desde que entró a trabajar en CREDISERVIR. Él dice conocer que la demandante fue desvinculada sin causa justa y que se le canceló lo que por ley se le reconocía como indemnización. Que, además, tuvo conocimiento porque es costumbre informarles en reuniones las decisiones. Manifiesta que las actuaciones siempre son a los requerimientos de la empresa, pero no para causarle daño a nadie. El gerente no habla despectivamente de los trabajadores, simplemente se informó el porqué de la desvinculación. Ella le prestaba dinero y a su vez él se lo prestaba a otras personas que lo buscaban.
- Testimonio rendido por IRENE IBÁÑEZ LOPEZ quien manifestó ser la jefe de talento humano cuando se desvinculó la señora Araceli Barbosa Jiménez, se realizó una reunión luego del despido de Araceli para informarles que había sido despedida, el gerente le pidió que realizara la liquidación de Araceli pero ella no le preguntó por el despido ni cuestionó su decisión, Eduardo manifestó que era muy buena empleada.
- Testimonio rendido por el señor ERASMO MENESES quien manifestó conocer a la señora Araceli Barbosa desde que ingresó a trabajar en CREDISERVIR, compañero de trabajo del esposo de la señora Araceli, son docentes.

Del anterior respaldo probatorio, se descartan diferentes documentos anexos donde la actora reclama ante el mismo empleador, a la Fiscalía al interponer denuncia por injuria y calumnia, y ante el inspector del trabajo queja contra el demandado, por cuanto se tratan de manifestaciones propias de la parte, quien no puede pre constituir declaraciones en su beneficio.

Así las cosas, se resalta que la actora solo demostró haber acudido a sesión médica con especialista en psicología por una oportunidad, a los casi 4 meses de haber sido despedida y donde el profesional médico si bien identificó que la actora tenía un cuadro de angustia que derivó en liabilidad emocional (llanto fácil) pero tras una sesión para mejorar su autoestima reportó estabilizar su estado emocional; si bien ordenó otra sesión en 2 meses, no se demostró que hubiera acudido a la misma o que estuviera en control.

De esta prueba concluye la Sala, que no es suficiente para determinar la existencia de un perjuicio que amerite resarcimiento; se reitera que el daño moral a demostrar debe ser superior a la angustia o aflicción propia de aquel que ha perdido su modo de sustento y debe reiniciar su perspectiva profesional. Es decir, no basta con acreditar que durante un período hubo sentimientos negativos, sino que existió un daño en la estabilidad permanente del trabajador y además que este fue resultado del actuar doloso del empleador. Lo que no puede derivarse de apenas una sesión con psicólogo, que además concluye una estabilización del paciente y no refiere una atención especial, pues programa el siguiente control en 2 meses, lo que no permite derivar urgencia alguna y tampoco emite tratamiento permanente para mantener dicha estabilización.

Respecto de los testimonios, se advierte, que los mismos corresponden exclusivamente a compañeros de trabajo de la actora y ninguno reporta tener conocimiento directo de la situación emocional o afectiva de la señora BARBOSA, como consecuencia del despido. Inclusive, de su relato se deriva que el gerente sí les informó durante una sesión ordinaria de trabajo que hubo un motivo para el despido sin justa causa, pero ninguno percibió que ese relato tuviera como intención afectar la imagen o dañar la reputación de la actora, sino que lo percibieron como una instrucción sobre un acto que no debería ocurrir en el funcionamiento de la empresa.

Nótese, que los testigos hablan en buenos términos de la calidad como profesional de la señora BARBOSA, al identificarla como buena jefe y buena empleada, por lo que mal podría concluirse que, si cesaron las relaciones amistosas entre la actora y estos antiguos compañeros de trabajo, fuera como consecuencia de la terminación unilateral del contrato por motivos ocultos o malintencionados del empleador.

Recientemente la Sala de Casación Laboral ha reiterado que *“en excepcionales eventos, el trabajador pueda reclamar la indemnización de perjuicios inmateriales que se le causen, a condición de que se encuentre debidamente acreditado que el despido realizado de manera injusta y arbitraria trajo consigo el menoscabo de aspectos emocionales de su vida tanto en lo íntimo, como en lo familiar o social”* (SL648 de 2022) y que estos pueden demostrarse por cualquier medio de prueba, que le confiera al juez la certeza de que existió un menoscabo a la vida íntima, familiar o social del trabajador despedido.

Ahora bien, el primer elemento que debe establecerse es la existencia del daño moral y este se encuentra en cabeza del demandante, quien debe aportar pruebas que permitan establecer claramente el menoscabo por no existir en su favor una presunción ni ser dable realizar suposiciones o inferencias que no tengan debido respaldo probatorio; así lo convalidó la Sala de Casación Laboral en providencia SL3358 de 2021, donde advierte que asistió razón al *ad quem* cuando expuso: *“que la demandante no cumplió con la carga de probar el presunto «daño moral» reclamado, por lo que no puede acceder a este, ya que no es dable pretender que el mismo se calcule sin tener elementos de juicio para ello; que si bien la promotora del proceso manifestó, que el mismo se veía reflejado en el expediente con la desprotección que sufrió, no es posible suponerlo al arbitrio del juzgador, pues se deben tener elementos que permitan determinarlo”*.

De esta manera, le correspondía a la actora acreditar plenamente que el despido injusto derivó en una afectación de su vida íntima, familiar y social, más allá de sus meras afirmaciones; no evidenciándose respaldo al daño psicológico enunciado, debido a que no acreditó sino una sesión psicológica y esta no deriva en mayores hallazgos. Socialmente, no se identificó que la demandante se viera públicamente afectada en su imagen o relaciones públicas por actos del empleador. Y finalmente, ninguna prueba se aportó sobre las afectaciones de la vida familiar que alegó haber padecido la actora.

Así las cosas, se confirmará la absolución de primera instancia sobre este asunto, pero por las razones anteriormente esbozadas.

Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la actora y se fijarán en favor de CREDISERVIR, agencias en derecho por la suma de \$200.000.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de febrero de 2.021 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la demandante. Fijense en favor de CREDISERVIR, agencias en derecho por la suma de \$200.000.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES

Magistrada Ponente



ELVER NARANJO

Magistrado



JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-498-31-05-001-2019-00065-00
RADICADO INTERNO:	19.542
DEMANDANTE:	MONICA JANIDES LEON CONTRERAS
DEMANDADO:	CORPORACION SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO, ICBF, SEGUROS DEL ESTADO y CONFIANZA S.A.

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia del 29 de abril del 2.021 que fue proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña.

1. ANTECEDENTES

La señora MONICA JANIDES LEON CONTRERAS interpuso demanda ordinaria laboral contra la CORPORACIÓN SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO y solidariamente contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, solicitando que se declare que existió un verdadero vínculo laboral con la primera entidad comprendido en periodos: 01/08/2016 – 15/12/2016 y 16/01/2017 – 30/03/2017, así como la solidaridad entre CORPORACION SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, este último beneficiario del servicio prestado. También solicitó que se declare que la Corporación demandada la despidió injustamente toda vez que se encontraba en un estado de indefensión y en periodo de licencia de maternidad, que los daños consistentes en la pérdida de su bebé se dieron por culpa comprobada de dicha Corporación, quien no atendió el trato especial a las mujeres en estado de embarazo y recurría a exigencias que comportan acoso laboral, así mismo, que la Corporación demandada está obligada a responder por los perjuicios inmateriales en los términos previstos en el artículo 216 de C.S.T., ocasionados por el aborto que sufrió. Formuló como pretensiones condenatorias que la Corporación pague: la indemnización correspondiente por despedir a persona protegida por licencia de maternidad sin contar con autorización del Ministerio del Trabajo; las cesantías por el tiempo laborado y los intereses de las mismas, así como la prima de servicios compensación por vacaciones, aportes a seguridad social en pensión y salud; la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, la sanción al doble de interés por el no pago de los intereses a las cesantías; el valor correspondiente a dotación debido durante el tiempo laborado; la indemnización por despido injusto; los intereses moratorios por el no pago de las prestaciones sociales. También solicitó que se condene a la Corporación demandada a pagarle a ella y a su compañero los daños morales ocasionados con la terminación del vínculo por el equivalente a 100 SMLMV para cada uno, así como a pagarle los daños por la pérdida de oportunidad y los daños a la vida en relación por el equivalente a 100 SMLMV por cada concepto.

Expuso como fundamento fáctico de sus pretensiones:

- Que mediante contratos de prestación de servicios trabajó para la CORPORACION SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO, entidad sin ánimo de lucro

y que para los periodos laborados ejecutó el servicio de vinculación de personal profesional dentro del programa familiar de CERO A SIEMPRE del ICBF, por lo que las funciones que desarrolló tienen correspondencia directa con el objeto de servicio de esta última entidad.

- Que la prestación del servicio la realizó en dos periodos comprendidos así: desde el 01 de agosto de 2016 hasta el 15 de diciembre de 2016 y el segundo periodo desde el 16 de enero de 2017 hasta el día 30 de marzo de 2017. Que para el desarrollo de las labores se suscribieron 4 contratos de prestación de servicios profesionales de apoyo al área de salud y nutrición para el municipio de Ocaña, y en el periodo de tiempo del 01/11/2016 al 14/11/2016 laboró sin contrato escrito.

- Que sus funciones consistían en realizar diagnóstico de la población a través de visitas frente a las cuales se llenaban formatos, verificación de cantidades y calidades de productos que eran recibidos por la población, así como objeto y proyección de informes para ser socializados y fortalecer los programas nutricionales. Que, para el cumplimiento de las funciones, era necesario desplazarse a los sitios rurales asignados de acuerdo con los cronogramas igualmente diseñados y asignados.

- Que prestó los servicios de forma personal y continua, bajo la continua dependencia y subordinación del empleador, quién daba órdenes, instrucciones, asignación de horarios, y seguimiento permanente y continuo de las actividades a desarrollar; lo que hace que se trate de una relación laboral de acuerdo con el principio realidad.

- Que las labores fueron desarrolladas con las herramientas, equipos y suministros dados por los demandados, y en los sitios de trabajo dispuesto por la Corporación y ella cumplía una jornada laboral de lunes a viernes de ocho (8) horas diarias.

- Que el último salario mensual que devengó correspondió a la suma mensual de UN MILLON CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MIL NOVECIENTOS PESOS (\$1,424.900).

- Que para la época de ejecución del contrato quedó en estado de embarazo, el cual fue diagnosticado como de alto riesgo debido a antecedentes de salud que presentaba, por lo cual le fueron entregadas recomendaciones y prohibiciones por parte del médico tratante, situaciones que le fueron informadas al empleador con la finalidad de proteger al nasciturus y sus condiciones especiales de salud.

- Que de la Corporación empezó a recibir exceso de trabajo y persecuciones de tipo laboral, pues le eran asignadas funciones que requerían trasladarse a unas veredas cuya única forma de acceso posible era en motocicleta, actividad sobre la cual el empleador conocía que existía prohibición por parte del médico tratante y que se encuentran explícitas dentro de la historia clínica.

- Que pese a conocer el empleador sus recomendaciones especiales, era citada frecuentemente en la ciudad de Cúcuta, aun cuando el lugar de ejecución era en la ciudad de Ocaña, debiendo desplazarse a citas que incluso eran incumplidas por el empleador.

- Que, por todas esas presiones, encontrándose en ejecución del último de los contratos suscritos, el día 24 de marzo de 2017 presentó complicaciones de salud que conllevaron a que perdiera a su bebé debido a preclampsia, que fue ocasionada por los excesos y persecuciones por parte de la Corporación en busca de que solicitara la terminación del contrato pues en el estado de gestación y con las prohibiciones dadas, no les era rentable mantenerle el vínculo.

- Que vive con su compañero el señor JAIRO ALONSO VERGEL CALRO, con quien tenía la esperanza de volver a ser madre, toda vez que, a causa de un penoso cáncer, el 21 de noviembre de 2010 había perdido a su única hija de tan solo 7 años.

- Que, pese a que con posterioridad a la pérdida de su bebé entro en periodo de licencia de maternidad y el empleador teniendo conocimiento de las afectaciones psicológicas graves que esto le había ocasionado, le terminó el contrato el día 30 de marzo de 2.017 sin justa causa, lo que le causó agravios y afectaciones psicológicas, sociales y familiares por lo que fue calificada con pérdida de capacidad laboral del 51.30%, calificación que se encuentra en firme.

- Que por el tipo de vínculo que le establecieron, no le fueron pagadas las prestaciones sociales tales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio y vacaciones, y tampoco fue afiliada al sistema de seguridad social integral, lo que debió costear ella misma.

- Que los días 10 y 22 de octubre de 2018 radicó reclamación ante la CORPORACIÓN SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO y el ICBF respectivamente, obteniendo respuesta a través de oficios del 07 de noviembre de 2018, a través de los cuales le negaron el pago de lo reclamado.

La demandada ICBF a través de apoderado judicial contestó:

- Que la relación contractual de carácter laboral de haber existido entre la actora y la corporación, compete exclusivamente a estas, que esa entidad no tiene ni ha tenido ninguna clase de relación contractual con la demandante y no se cumplen los supuestos tipificados que configuren la solidaridad laboral, pues esa entidad no es beneficiaria del trabajo o dueño de la obra para colegir y predicar una responsabilidad solidaria.

- Que no desconoce la existencia de copias de contratos suscritos presuntamente entre la demandante CORPORACIÓN SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO, pero no es cierto que esta Corporación ejecutó el servicio de vinculación de personal profesional dentro del programa familiar de CERO A SIEMPRE, sino que para la vigencia 2016 y 2017, celebró con el ICBF contratos de aporte No. 2017 y 616 ambos del 2016. También expresó que no le consta el hecho de la presunta vinculación de la demandante.

- Que el ICBF canaliza compromisos a través del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, del cual forman parte las Entidades Administradoras del Servicio, que al ser una actividad de orden técnico la ley permite que suscriba contratos especiales de aporte con personas jurídicas de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, en virtud de los cuales se obliga a proveer a una institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con vigencia anual pero podrá prorrogarse de año en año,

- Que bajo el Contrato de Aporte el ICBF entrega unos dineros a una Asociación de Padres con el objeto de que brinde atención a niños y niñas, y ésta se responsabiliza del cumplimiento del contrato con personal de su dependencia y posee completa autonomía para manejar todo lo relacionado con sus asuntos legales. La relación con las personas contratadas para trabajar en las entidades Administradoras del Servicio se establece directamente entre éstas y sus Asociaciones o Juntas de Administradores, las cuales celebran los contratos de trabajo y en su condición de empleadores se obligan a cumplir las leyes laborales vigentes, por lo que es claro que esa entidad no tiene ningún tipo de injerencia en asuntos relacionados con prestaciones derivadas de las relaciones laborales existentes entre las Entidades Administradoras de la modalidad e Entidades Administradoras del Servicio y sus trabajadores, ya que estas son autónomas en el manejo de sus relaciones laborales.

- Que el vínculo contractual se establece con las Entidades Administradoras de las Entidades Administradoras del Servicio mediante contratos de aporte, cuyo objeto y obligaciones limitan el ámbito de responsabilidad del ICBF.

- Que el ICBF no tiene la condición de empleador respecto de los trabajadores de las Entidades Administradoras del Servicio, por lo que no recae sobre el mismo ninguna obligación legal de intervenir en los conflictos laborales de estos, máxime

si se tiene en cuenta que ellos no son empleados públicos ni trabajadores oficiales del ICBF.

- Que no es posible derivar responsabilidad alguna que afecte el patrimonio del Estado por la vía de la solidaridad cuando esa entidad al celebrar los contratos de aporte, mediante los cuales se hace entrega de unos recursos para la ejecución del objeto contratado, no es el beneficiario de tal inversión social, ni dueño de las misma, que este contrato se regula por una legislación especial y no le son aplicables las dispersiones de la responsabilidad solidaria.

- Frente a las pretensiones condenatorias señaló que se opone al no tener la calidad de empleador, que existe indebida acumulación de pretensiones al inmiscuir en el proceso ordinario pretensiones de responsabilidad civil extracontractual, lo cual vulnera el principio de imposición personalísima de sanciones derivadas de la responsabilidad por los hechos propios.

- Propuso la excepción previa de inepta demanda y de mérito: falta de legitimación en la causa por pasiva; imposibilidad jurídica del ICBF para celebrar contratos de trabajo; ausencia de relación laboral, legal o reglamentaria entre las partes; inexistencia o falta de causa para demandar; cobro de lo no debido; inexistencia de la obligación; inexistencia de solidaridad prestacional; ausencia de solidaridad patronal y la genérica o innominada. Solicitó que se llamara en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A y a COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.- CONFIANZA

Por auto del 31 de mayo de 2.019, el Juzgado de Primera Instancia tuvo por no contestada la demandada por parte de CORPORACION SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO al haber allegado contestación extemporáneamente y se inadmitió la contestación realizada por el ICBF, concediendo el término para subsanar.

En auto del 25 de junio de 2.019 se decidió dar aplicación a las consecuencias contenidas en el parágrafo 2 y 3 del artículo 31 del C.P.T. y de la S.S., teniéndose por contestada la demanda por parte del ICBF, pero presumiendo como ciertos los hechos 15 al 17, 20 al 21 y 22 al 26 respecto de la misma. En la citada providencia se aceptó el llamamiento en garantía que hizo el ICBF a SEGUROS DEL ESTADO S.A. y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.- CONFIANZA

La llamada en garantía COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.- CONFIANZA, se pronunció a través de apoderada judicial manifestando:

- Que no le constan los hechos de la demanda por ser ajena a estos y por lo tanto no se aceptan ni se niegan, estando sujetos a lo que se pruebe. Que teniendo en cuenta que ninguna pretensión de la demanda va dirigida contra esa entidad, se abstiene de emitir pronunciamiento.

- Respecto al llamamiento en garantía del ICBF manifestó que es cierto la existencia de la garantía única de seguro de cumplimiento en favor de Entidades Estatales N° 18GU063203 expedida por esa entidad, en la cual la CORPORACION SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTUTRO aparece como garantizado y el ICBF – CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS como asegurado y beneficiario, y que ampara el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de aporte N° 207 de fecha 29/01/2.016.

- Que se opone a que se vea obligada a pagarle al demandante o a reembolsarle al ICBF suma alguna, en el evento en que no salga condenado el mismo como obligado solidario en virtud del Artículo 34 del C.S.T.

- Propuso como excepciones de fondo a la demanda: inexistencia de solidaridad laboral a que hace referencia el artículo 34 del C.S.T. del ICBF y ausencia de prueba para que se declare su despido como injusto.

- Propuso como excepciones de fondo frente al llamamiento en garantía: ausencia de cobertura temporal de la póliza de cumplimiento 18GU063203 porque la terminación de la relación laboral se dio por fuera de la vigencia de la póliza y no

extensión al asegurado ni a la aseguradora de condenas por indemnizaciones moratorias.

La llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO se pronunció a través de apoderado judicial manifestando:

- Que se opone a las pretensiones de la demanda pues no están sustentadas en los hechos y quiebran cualquier tipo de vinculación laboral entre el demandado y su querellante, pues no existió relación laboral entre la demandante y el ICBF.

- Que en relación a los hechos de la demanda se acoge a lo manifestado por el ICBF atendiendo que no tiene conocimiento directo de ellos, por lo que se atiene a las pruebas que valore el despacho.

- Frente al llamamiento en garantía indicó que el contrato que fue objeto de garantía no es el 207 sino el 616 de 2.026, por el cual se expidió la póliza N° 49-44-101010024 denominada POLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTIDAD ESTATAL, en donde figura como beneficiario el ICBF, cuya cobertura se estableció en las condiciones generales de la misma póliza, el amparo opera a favor de las entidades estatales por el incumplimiento de las obligaciones laborales a que está obligado el contratista.

- Que en la demanda se está solicitando el pago de prestaciones sociales, derechos laborales e indemnizaciones a la entidad estatal, basados en un presunto contrato realidad que no está afianzado o garantizado por la póliza mencionada.

- Propuso como excepciones a la demanda: inexistencia de cualquier obligación a cargo del ICBF por ausencia de solidaridad por tanto ausencia de obligación de pago de seguros del Estado S.A.; ausencia de cobertura en la póliza N° 49-44-101010024 seguro de cumplimiento entidad estatal para el evento reclamado en la demanda; inexistencia de representación judicial del señor JAIRO ALONSO VERGEL CLARO, por tanto imposibilidad de una sentencia a su favor; prescripción laboral; ausencia de cobertura por no haber estado vigente la póliza cuando presuntamente se presentó la relación laboral y la innominada.

Por auto dictado en audiencia del 26 de noviembre de 2.020 se accedió a la sucesión procesal al haber fallecido la actora.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 29 de abril del 2021 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda por lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de mérito denominada INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL.

TERCERO: CONDENAR a la demandante al pago de las costas de primera instancia, quien, por Agencias en derecho, deberá cancelar a cada una de las demandadas la suma de \$400.000.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el primer problema jurídico tiene que ver con la existencia del contrato de trabajo, recordando su definición y los elementos esenciales del mismo según lo estipulado en el C.S.T. al respecto, así como la presunción legal que existe, la cual invierte la carga de la prueba y ya no le corresponde al operador demostrar la calidad de trabajador sino al empleador desvirtuar el posible contrato de trabajo.

- Que está probado dentro del proceso que la señora MÓNICA CONTRERAS,; prestó un servicio en favor de la entidad demandada CORPORACIÓN EDUCATIVA PAZ Y FUTURO por lo que en prima facie, en aplicación del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, se presume que existió un contrato con todos los elementos que hemos señalado, invirtiéndose la carga de la prueba y le correspondería entonces a los demandados desmoronar dicha presunción, por lo que se procedió a estudiar las pruebas a fondo a ver si esa situación ocurrió o no.

- Que, de los testigos arrimados al proceso, se pudo determinar, primero, que no existía una sede física donde debieran cumplir algunas funciones que realizaba según la demandante y que no tenían horario.

- Que si bien es cierto se indicó la existencia de un documento que la señora Vanesa denominó memorando, también es claro que se desconoció su contenido, pero lo que sí se logró corroborar fue la existencia de un horario y se pudo establecer que los cronogramas en los que ellos prestaban estas funciones tenían autonomía para fijarlos y no los imponía la empresa.

- Que tiene relevancia que la demandante dio uso de su usuario y contraseña sin mediar autorización alguna, esto conlleva a que se desdibuje el contrato laboral, pues los elementos necesarios para su existencia es la prestación personal del servicio, y que al respecto se indica “la actividad personal del trabajador debe ser realizada por sí mismo”; de modo que la ejecución no puede ser delegada a un tercero, pues se estaría entonces en presencia de otro tipo de vínculo, pues cómo se probó que no había horario, que no habían órdenes; es de concluir que en efecto se ha desvirtuado la presunción de la existencia del contrato de trabajo señalada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pues falta uno de sus elementos característicos relacionados con el contrato de trabajo, que es intuición de persona, pues al romper la posibilidad y satisfacer este servicio a través de un tercero, se desfigura dicha situación jurídica, por ello es que se encuentra probada la excepción de mérito denominada inexistencia de la relación laboral propuesta por el ICBF en la contestación de su demanda, pues se logró demostrar la falta de actividad exclusiva por parte del trabajador.

- Que llegando a esa conclusión encuentra el despacho que no es necesario hacer un estudio de los demás problemas jurídicos, esto porque las pretensiones planteadas en la demanda dependían de la existencia de un contrato de trabajo y se haría necesario estudiar sanciones e indemnizaciones que solo existen dentro de una relación de trabajo regida por el contrato de trabajo.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1. De la parte demandante:

El apoderado judicial de la demandante MONICA JAIDES LEON CONTRERAS, interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que la no contestación de una demanda es grave, es no permitir el derecho contradictorio frente a una posibilidad que se tiene por parte del demandante de poder debatir la prueba que tenga la parte demandada, y en este caso, la ausencia de la CORPORACIÓN PAZ Y FUTURO, quien tenía la responsabilidad directa de la contratación con la demandante sin olvidar que el beneficiario de esa labor que ejercía la Sra. MONICA JAIDES LEON CONTRERAS, era el ICBF, y por supuesto al probarse el contrato de trabajo tendría que estar también respondiendo.

- Que es grave que no se aplique en su tenor literal el artículo 97 que considera debe aplicar en este asunto, que, en estas ausencias de los demandados en no contestar la demanda, esa admisión tácita de los hechos o tener como ciertos los hechos susceptibles de confesión le parece muy delicado.

- Que, a través del recurso, la primera anotación que considera se debe tener en cuenta es la delicada situación que se da en este caso, máxime cuando ni en primera ni en segunda instancia se va a poder escuchar la versión del cliente por cuanto ya no la tenemos en vida, eso es, para él la violación de un principio tan

elemental del derecho a expresar lo que realmente hacían con ella frente al contrato de prestación de servicios que le hicieron irregularmente.

- Que el contrato de prestación de servicios es un contrato que mal utilizado por las instituciones públicas y privadas que tratan de desconocer y deslaborizar la relación contractual laboral y en estas prácticas dañinas, están mermando los intereses sanos de la clase trabajadora en Colombia, y es el mismo estado el patrocinador de estas corruptas intermediaciones laborales a través de esos famosos contratos de prestación de servicios que están dañando intereses legítimos de los trabajadores, que fue lo que paso en este caso.

- Que desafortunadamente la señora Mónica no está presente para poder haber allegado los dos testimonios que fueron compañeros de trabajo de ella, y que la misma no quedó bien de ninguna manera después de la terminación de su contrato de prestación de servicio, habida cuenta que le exigían el cumplimiento de sus funciones.

- Que discrepa del raciocinio que se hace con los dos testimonios, uno viene siendo su pariente quien está diciendo la verdad. Que se deben aplicar los principios establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo, estos están establecidos evidentemente para los trabajadores, la irrenunciabilidad de derechos, el principio de razonabilidad, etc.

- Que la oficina conoció de fondo la trayectoria de la señora Mónica y cómo sufrió, la señora Vanesa le ayudó en momentos de crisis y eso no es que no esté permitido, incluso existe una norma que el código sustantivo del trabajo en la cual se menciona el trabajo a domicilio, en este caso la demandante estaba ejecutando un trabajo para la CORPORACIÓN PAZ Y FUTURO junto con el ICBF.

- Que no porque la señora Mónica haya recibido colaboración por parte de la señora Vanesa esto quiera decir que se desvirtúa el contrato de trabajo, sí existe un contrato de trabajo.

- Que no está de acuerdo con el fallo porque no se están aplicando los principios, respecto a las pruebas del ICBF con el fin de refutar los escasos 2 testimonios que se pudieron llevar, que la parte más débil es el trabajador.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

El apoderado judicial de la demandante manifestó que no puede caber duda alguna de la responsabilidad que tiene el empleador cuando a través de sus actuaciones, acciones y omisiones incurre en los daños morales, emocionales y físicos de un trabajador; cuando exige a un trabajador resultados sin tener consideración de la situación de salud y antecedentes que puedan generar afectaciones en el entorno del mismo; cuando se hace uso abusivo del derecho y de las normas laborales.

Que según las pruebas no cabe duda que nos encontramos frente a la existencia de una relación de índole laboral que sostuvo la señora MONICA JANIDES LEON (q.e.p.d.) con la CORPORACIÓN SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO, siendo solidario el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, al encontrarse sujeta al cumplimiento de horarios; tener una asignación de visitas que no podía modificar ni delegar; al tener que desplazarse a los sitios en las fechas, horas y lugares establecidos por la entidad; al tener que atender las indicaciones y órdenes de los superiores; y prestar los servicios de forma personal, se constituye el elemento de subordinación propio y exclusivo de las relaciones laborales.

Que la entidad se extralimitaba en entregar órdenes desconociendo la condición especial de embarazo que tenía su mandante, pues le eran asignadas funciones que requerían trasladarse a unas veredas cuya única forma de acceso posible era en

motocicleta, actividad sobre la cual el empleador conocía que existía prohibición por parte del médico tratante y que se encuentran explícitas dentro de la historia clínica, lo que constituyó un abuso del derecho de disposición del empleador, quién no atendió las recomendaciones médicas del estado de embarazo de su cliente y junto a la persecución laboral que ejerció en contra de la actora, desencadenó en la pérdida de su esperado y anhelado bebé por culpa patronal demostrada.

Que la actora fue despedida el día 30 de marzo de 2017 cuando se encontraba amparada por el fuero de estabilidad por licencia de maternidad al haber perdido a su bebé el 24 de marzo de 2017, situación que le generó graves afectaciones psicológicas, entre otras graves consecuencias como se consigna en su historia clínica. Que ese bebé era la esperanza de volver a ser madre, toda vez que, a causa de un cáncer, el día 21 de noviembre de 2010 había perdido a su única hija y posterior a esta pérdida tuvo que enfrentar una lucha contra esta misma enfermedad, con la cual tuvo que batallar por muchos años, por lo cual ese embarazo constituía su refugio emocional y el empleador estaba en la función social de garantizar el buen estado de salud de la madre como del bebé que estaba por nacer.

Que fue tan grave y relevante la afectación psicológica con posterioridad a la pérdida del bebé y despido por parte del ICBF, que fue calificada con pérdida de capacidad laboral del 51.30%, calificación que la llevó a obtener pensión por invalidez.

• **PARTE DEMANDADA:** No presentó alegatos de conclusión.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER:

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

¿Se encuentra acreditada la existencia de un contrato de trabajo realidad entre la señora MONICA JAIDES LEON CONTRERAS y la CORPORACION SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO encubierto mediante múltiples contratos de prestación de servicios?

En caso positivo, se determinará si hay lugar a las condenas prestaciones e indemnizatorias reclamadas en la demanda, incluyendo si es procedente la condena por perjuicios morales alegados en la pérdida de su embarazo durante la ejecución del contrato.

Finalmente, se debe establecer si el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR como beneficiario del servicio debe responder solidariamente por las condenas.

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, procede la Sala a determinar si entre la señora MONICA JAIDES LEON CONTRERAS como trabajadora y la demandada CORPORACION SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO como empleador, existió un contrato de trabajo realidad entre el 1 de agosto de 2016 al 30 de marzo de 2017, en virtud del cual, la empresa demandada estaría obligada a reconocer las prestaciones sociales y vacaciones dejadas de percibir, así como la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del código sustantivo de trabajo y artículo 99 de la ley 50 de 1990, por el no pago de salarios y cesantías al momento de finalizar el vínculo laboral, la de no pago por intereses de cesantías. Así mismo si se demostraron perjuicios morales derivados de la terminación injusta del vínculo laboral y por los daños por la pérdida de la oportunidad de ser madre y si hay lugar a condenar en solidaridad al I.C.B.F. como beneficiario de los servicios.

El juez a quo, determinó que con las pruebas aportadas y pese a ejecutar la presunción legal contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, no había lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes dado

que se logró evidenciar que realmente sí se ejecutaron los suscritos contratos de prestación de servicio con autonomía e independencia por la actora, quien no estaba sujeta a horarios e inclusive podía ejecutar sus funciones a través de otras personas y no directamente; por lo que absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas.

Decisión frente a la cual presentó apelación la parte demandante reclamando una indebida aplicación de las normas procesales y de la valoración probatoria, pues se desconoció que la demandada CORPORACIÓN PAZ Y FUTURO no contestó la demanda pero se dejó de aplicar la presunción e indicio grave en contra, así mismo se desestimó la relación laboral sin valorar la naturaleza del servicio y el indebido uso que se confiere a los contratos de prestación de servicio.

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

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

Esta presunción legal opera a favor del trabajador y, por consiguiente, demostrada la prestación del servicio, es a cargo del empleador desvirtuarla. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en diferentes oportunidades, entre estas en la Sentencia de 13 de diciembre de 1996, donde precisa, que el artículo 24 no consagra un derecho sino una regla de juicio que afecta la carga de la prueba en el proceso laboral, esto es, se trata de una instrucción a los jueces laborales, relevando al trabajador de acreditar el elemento de la subordinación pues esta se presume y toda prestación de una actividad personal a favor de otra persona, natural o jurídica, debe entenderse en principio como laboral a menos que el empleador desvirtúe que hubo dependencia.

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

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

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

artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: “(...) El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo”. Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que:

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

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

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

Sea lo primero advertir, que no asiste razón al impugnante en su argumento inicial sobre que el mero acto de no haber contestado oportunamente la demanda por parte de la CORPORACIÓN PAZ Y FUTURO, daba lugar a admitir los hechos enunciados, presumirlos ciertos o confesados para haber accedido a las pretensiones acorde al artículo 97 del C.G.P.; inicialmente, porque esta norma no aplica al procedimiento laboral, dado que el C.P.T.Y.S.S. contiene regulación expresa sobre la falta de contestación, pues el artículo 31 advierte que la falta de contestación genera un indicio grave contra el demandado y no una presunción de veracidad que es la consecuencia de no justificar los hechos negados o que no constan, acorde al numeral 3° del mismo artículo.

Esta distinción es la conferida por la Sala de Casación Laboral en providencia SL664 de 2019 al indicar que *“la falta de contestación a la demanda inicial, según las voces del párrafo 2° del artículo 31 del CPTSS, lo que genera es un «indicio grave en contra del demandado», y no la presunción de veracidad de los hechos expuesto en el libelo petitorio, como erradamente lo sostiene el impugnante”*; esto reiterado en SL5006 de 2021 al indicar que *“la falta de contestación de la demanda inicial; si bien, constituye indicio grave en contra del demandado, como quedó registrado (fls. 79 a 84), no genera necesariamente la prosperidad de las pretensiones. En ese orden, el Tribunal no se equivocó al negar los recargos nocturnos con base en la situación procesal descrita porque, como lo ha enseñado la Sala, **«no resultaba suficiente contar con el indicio grave en contra de la pasiva dada la falta de respuesta a la demanda, según las directrices del artículo 31 del C.P.T y S.S., sino que era necesario para que la pretensión saliera airosa, la demostración de sus elementos constitutivos»** (CSJ SL1985-2019).”*

Siguiendo este parámetro jurisprudencial señala entonces que la ausencia de contestación no genera automáticamente la prosperidad de las pretensiones, pues el demandante igual debe acreditar la carga de la prueba en su cabeza y el juez está en la libertad de valorar las pruebas, aunque aplicando el indicio grave en contra de la pasiva; por ello, con el fin de resolver el problema jurídico antes expuesto, la Sala observa que dentro del expediente obran como pruebas que acreditan la prestación y ejecución de servicios, las siguientes:

- Resolución No. 001791 del 12 de noviembre de 1993 por la cual se reconoció personería jurídica a la CORPORACIÓN SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO, como entidad sin ánimo de lucro.
- Contrato de prestación de servicios del 11 de enero de 2017, suscrito entre JUAN CARLOS RÍOS ANTUNEZ como representante legal de la CORPORACIÓN y MÓNICA LEÓN CONTRERAS como contratista, para prestar servicio como profesional de apoyo en el área de salud y nutrición para el municipio de Ocaña en el programa de modalidad familiar Cero a Siempre; por el término de 2 meses y 15 días desde el 16 de enero al 30 de marzo de 2017, con valor mensual de \$1.424.900.
- Contrato de prestación de servicios del 29 de julio de 2016, suscrito entre JUAN CARLOS RÍOS ANTUNEZ como representante legal de la CORPORACIÓN y MÓNICA LEÓN CONTRERAS como contratista, para

prestar servicio como profesional de apoyo en el área de salud y nutrición para el municipio de Ocaña en el programa de modalidad familiar Cero a Siempre; por el término de 1 mes desde el 1 al 30 de agosto de 2016, con valor mensual de \$1.331.700.

- Contrato de prestación de servicios del 1 de septiembre de 2016, suscrito entre JUAN CARLOS RÍOS ANTUNEZ como representante legal de la CORPORACIÓN y MÓNICA LEÓN CONTRERAS como contratista, para prestar servicio como profesional de apoyo en el área de salud y nutrición para el municipio de Ocaña en el programa de modalidad familiar Cero a Siempre; por el término de 2 meses desde el 1 de septiembre al 30 de octubre de 2016, con valor mensual de \$1.331.700.
- Contrato de prestación de servicios del 1 de noviembre de 2016, suscrito entre JUAN CARLOS RÍOS ANTUNEZ como representante legal de la CORPORACIÓN y MÓNICA LEÓN CONTRERAS como contratista, para prestar servicio como profesional de apoyo en el área de salud y nutrición para el municipio de Ocaña en el programa de modalidad familiar Cero a Siempre; por el término de 1 mes y 15 días desde el 1 de noviembre al 15 de diciembre de 2016, con valor mensual de \$1.331.700.
- Contrato de aporte No. 207 celebrado entre el ICBF y la CORPORACIÓN PAZ Y FUTURO, para prestar el servicio de atención educativa inicial de cuidado a niños, niñas y menores de 5 años o hasta su ingreso a transición y a mujeres gestantes y madres en períodos de lactancia para promover el desarrollo integral de la primera instancia; para ejecutar en un plazo desde febrero de 2016 hasta el 31 de octubre de 2016.
- Contrato de aporte No. 616 celebrado entre el ICBF y la CORPORACIÓN PAZ Y FUTURO, para prestar el servicio de atención educativa inicial de cuidado a niños, niñas y menores de 5 años o hasta su ingreso a transición y a mujeres gestantes y madres en períodos de lactancia para promover el desarrollo integral de la primera instancia; para ejecutar en un plazo desde el 16 de diciembre de 2016 al 15 de diciembre de 2017.
- Testimonio rendido por el señor YANSON ALBERTO MONTAÑO MANJARRES, quien manifestó que es nutricionista dietista; relata que trabajó para la CORPORACIÓN PAZ Y FUTURO, donde conoció como compañero de trabajo a la señora MONICA LEON durante el programa de bienestar familiar, que en este visitaron algunas veredas para dar unas charlas hace más de 3 o 4 años; que la actora era una de las auxiliares en el área de salud y estuvo junto con él en unas charlas educativas por ser los responsables de lo que tenía que ver con nutrición y lactancia materna; que no puede decir las funciones de la demandante pues cada quien tenía sus contratos, solo sabe que era complemento de ellos y ayudaba en las charlas y hacía las mismas actividades que él. Sobre la ejecución del contrato, expone que se reunía con la actora en unas reuniones, charlas y cuando tenían que enviar informes de nutrición; que no recuerda que la CORPORACION SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO en esa época tuviera una sede en Ocaña, le tocaba venir a Cúcuta, en donde se enviaba la papelería y todo; que no les tocaba cumplir horario sino objetivos, era una OPS, pero si les exigían que debían ir los días que se programaban y a las reuniones que no se podía faltar; que no sabe si la actora estaba contratada por OPS, pues no hablo con los compañeros sobre ese tema; que en Ocaña existía una Coordinadora de apellido Peñaranda y vivía en El Retiro donde se reunían, quien estaba pendiente de lo que tenían que hacer y les decía que tenían que ir a tal sitio y que se cumpliera con los que se programaba, estaba pendiente de las programaciones y cuando de Cúcuta los llamaban para entregar informes, que en su caso le recordaba que había que hacer lo de las valoraciones y del sistema utilizado. Al ser cuestionado sobre imposición de horarios, explica que en el caso hipotético que tuviera que ir a una cita médica, o trasladarse a una población vecina o cualquier otra cosa, para poder ausentarse de sus labores no tendría que avisarle a las Coordinadora para ausentarse excepto si había una reunión programada, porque era una OPS, asumiendo que si la demandante era OPS cree que estaba en la misma condición que él; que de las labores de la actora solo se

daba cuenta de lo que hacía en grupo con ella, que a él tenía que entregarle una planilla de peso y talla de los niños, por eso se reunían para enviar esa información a Cúcuta; que a la actora le tocaba dictar unas charlas y en una ocasión le prestó un tema de nutrición; que el ICBF hacía supervisión de los programas y carpetas que ellos llevaban; que las funciones que cumplía la demandante no las hacía con él, que eran independientes, se cruzaban en algún sitio y que se imagina que ella realizaba reuniones con otros compañeros; que no se acuerda si la actora le comentó de su estado de embarazo pero si lo llamó en una ocasión en donde le contó que estaba hospitalizada y llorando le dijo que le habían dado un memorando la Coordinadora, a lo cual él contestó que no debía haber firmado eso por estar enferma, que mandara la excusa; que no sabe porque terminó el contrato de la actora pero cree que fue después del problema de salud; que no sabe que paso con la actora después de la terminación del vínculo; que a ellos les exigían informes y evidencia fotográfica para cobrar; que se acuerda que a fin de mes tenían que pasar informe y actas de asistencia para poder cobrar; que él no daba órdenes sobre las planillas que debía entregarle la actora y cuando se las entregaba él le reportaba a la Coordinadora, que si no se pasaban los reportes creen que había unas sanciones para la empresa, que esa información debía entregarse antes del corte trimestral; que en el tiempo que duró el contrato el no recibió ninguna orden por parte del ICBF; que en la ejecución del contrato no recuerda una llamado de atención por parte del ICBF, que los hallazgos que hacían como interventoría se les comunicaban por parte de los Coordinadores; que en el tiempo que compartió con la actora como compañero de ejecución de labores él no le prestó un servicio directo al ICBF; que él sabía cuándo iniciaba y terminaba su contrato de terminación de servicios; que al le parece que en el contrato estaban las funciones que tenía que hacer; que el cronograma de las visitas lo hacía él y le parece que les informaban cuales eran los unidades y ellos tenían cuidado de no cruzarse con los demás; que viajó a Cúcuta en dos días seguidos por un informe que hizo con la actora; que había unas veredas a la que debían ir y a veces era difícil transitar y no sabe cuál le tocaba a la actora; que él no recibió memorando por cumplimiento de horario pero sí le causo curiosidad que cuando a él se enfermó no pudo ir a la reunión y le pidieron excusa médica y él dijo que no tenían por qué pedirle eso porque era un OPS.

- Testimonio rendido por la señora VANESSA ALEXANDRA YANEZ LEON, quien manifestó ser familiar de la señora Mónica por ser su sobrina, quien era enfermera y trabajaba como nutricionista. Que en la demandada la actora era la encargada de hacer realizar todo el tamizaje, peso, talla y seguimiento nutricional a los niños que hacían parte del programa le tocaba visitar veredas, que sabe eso porque en la época en que la actora trabajaba para el ICBF estaba embarazada y la carga laboral era mucha, que ella en ese tiempo tenía un embarazo catalogado como de alto riesgo y por esa razón debido a tanta presión laboral, tanto trabajo acumulado, ella hubo un tiempo en que se vio acorralada y desesperada, y le pido el favor a que le ayudara a registrar información en el sistema, de que la ayudara con el trabajo porque con aguantaba con tanto trabajo, entonces durante varios meses fue la encargada de ayudarle a ingresar la información de todos los niños en una plataforma que se llamaba cuéntame; que le ayudaba porque le daba pesar lo acumulada que estaba de trabajo y ella llegaba a buscarla su casa desesperada porque tenía que cumplir unos plazos y si no los cumplía le habían anunciado que le iban a referir unos memorandos, que la actora tenía unas carpetas físicas en donde había mucha información y debido al estado de salud de la demandante que incluso tenía incapacidades por cuestión del embarazo de alto riesgo, vivía muy enferma, que estaba presente cuando la actora le notificaba por teléfono a sus jefes que no estaba en capacidad de trabajar, que le buscaran un reemplazo o que trataran de invalidarle la incapacidad, pero como la respuesta de ellos era negativa y cada vez le llegaba más trabajo, la actora la buscaba y entre las dos, incluso les daba altas horas de la madrugada tratando de ayudarle a digitar la información, pero quien manejaba la información todo el tiempo era la demandante, solo que por su estado de salud complicado no estaba en capacidad de digitar la información; que la actora debía ir a varias veredas, algunas de difícil acceso, en moto o carro con sus compañeros y por eso ella le pedía a sus jefes que asignaran un

reemplazo o trataran de buscar la forma de que ella no tuviera que trasladarse a esos sitios, porque le habían prohibido viajar, esfuerzo físico, estrés debido a su estado de embarazo y le respondían que por el momento no se podía; que en una ocasión por haber estado hospitalizado no alcanzo a presentar un informe a tiempo y la respuesta de su jefe fue un memorando y ella estaba presente el día que llegaron dos personas a entregarle el memorando su casa y la hicieron firmar ese memorando al hablar sobre el despido, según lo poco que ella entendió ese día fue que ese memorando era un llamado de atención para ella y cree que con el siguiente memorando ella era despedida del trabajo; que cuando le ayudaba a digitar la información a la actora lo hacían en la casa de ella donde tenía un computador que cree fue asignado por el ICBF, con el que debía trabajar, en donde manejaba la plataforma cuéntame, pero no podía pasar tanto tiempo frente a una pantalla o sentada, porque de las recomendaciones médicas era que tenía que estar acostada por el alto riesgo de su embarazo, por lo que digitaba la información bajo la autorización y observación de la actora; que no recuerda si PAZ Y FUTURO o el ICBF le autorizaron a ella digitar esa información, que no recibió pago por parte de su tía por realizar la digitalización, que lo hacía de buena voluntad porque la veía muy mal de salud, que no había horario específico para digitalizar, pero debían completar incluso información y les daban altas horas haciéndolo, que en la época en que a la actora le mandaron reposo y sintiéndose mal de salud tuvo que ir a las veredas porque no hubo solución en ese momento, y le tocaba porque era quien debía tomar el peso y talla de los niños. Que no recuerda el jefe o superior de la actora y no sabe quién le asignaba el traslado a los corregimientos, ni recuerda quien le coordinaba o corregía el trabajo a la demandante. Que fue testigo de varias incapacidades que se le dieron en seguimiento que tenía con perinatología y ginecólogo, que le tenían prohibido esfuerzo físico, estrés, durante un tiempo se le recomendó estar en absoluto reposo, acostada, inclusive no podía estar mucho tiempo sentada y que con el tiempo el bebé murió dentro del vientre, que de eso tenía conocimiento la empresa PAZ Y FUTURO porque la actor periódicamente le informaba de su estado de salud tratando de salvaguardar su vida y la del bebé; que no recuerda si la empresa le requería las incapacidades. Que no sabe a qué obedeció la terminación del contrato. Que no tenía conocimiento como tal de quienes eran las personas que dirigían a su tía y le pedían la información o los plazos a cumplir. Que no tuvo conocimiento del contrato de su tía; que no supo qué entidad envió el memorando porque no tuvo acceso al mismo y no identificó a que entidad pertenecían las personas que tuvieron una discusión con su tía. Que ayudó a su tía a ingresar información durante tres o cuatro meses, que no acompañó a su tía a la casa del nutricionista YANSON MONTAÑO, pero que su tía no se sentía bien y cree que ese señor la orientaba y la ayudaba en ese sentido, que su tía tenía un antecedente de cáncer y lo había superado; que no sabe si la actora tuvo que pedirle autorización a alguien para que ella pudiera ayudarla en su labor.

Conforme a esta relación probatoria, y reiterando la Sala, que para la existencia de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., el actor debió acreditar la prestación personal del servicio, para de esa forma trasladar a la demandada la carga de la prueba de probar que no existió subordinación; al respecto de la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación N.º 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, se refiere las facultades del juez recordando que:

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

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios y aceptada por la demandada la prestación personal del servicio, esta Sala procederá a analizar si las conclusiones del a quo fueron acertadas respecto de la existencia

de pruebas que desestiman la presunción a favor de la trabajadora y que confieren validez a la ejecución del contrato de prestación de servicios, sin que se desdibujara en una relación laboral. Lo que contraviene la parte demandante en su apelación al reafirma que disfrazó una relación laboral para evadir el reconocimiento de derechos prestacionales.

De manera preliminar se advierte que no existe duda sobre la prestación personal del servicio por parte de MONICA LEÓN a favor de CORPORACIÓN SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO, entidad que si bien no contestó la demanda oportunamente y ello genera en su contra un indicio grave, esto no implica automáticamente que se acceda la pretensión de declarar el contrato conforme la jurisprudencia citada antes; es deber del juez, auscultar el material probatorio, para verificar que en efecto se demostraron los elementos constitutivos del contrato de trabajo y esto significa para el caso concreto, si efectivamente los contratos de prestación de servicio realmente encubrían una relación subordinada.

Aclarado esto, se resalta que además del indicio grave, la parte actora está beneficiada de la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. que supone la existencia del elemento subordinante para invertir la carga de la prueba a quien reclame la validez del contrato de prestación de servicios; oposición que si bien no plantea la demandada principal, si es propuesta por las demás integrantes del extremo pasivo como demandadas solidarias y por ello, se debe verificar el material probatorio para establecer si hay lugar a las pretensiones.

Al respecto de la valoración de cómo se ejecutan los contratos de prestación de servicio, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en proveído SL1389 de 2020 explica:

“respecto al debate de orden jurídico, resulta oportuno aclarar que, el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador en el artículo 23 del CST al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».(...)”

En providencias como la SL2204 de 2015, SL13020 de 2017 y SL1382 de 2020, se ha explicado por la Sala de Casación Laboral que en contratos civiles puede ejercerse auditoría, inspección, supervisión o evaluación de cumplimiento e inclusive pedir informes o generar instrucciones para una adecuada coordinación, mientras no se desborde su finalidad.

Más recientemente, en providencia SL3345 de 2021 se exponen de manera detallada una serie de parámetros que permiten identificar si el ejercicio de control sobrepasa los límites que separan el contrato laboral del civil; al señalar:

“Sobre este asunto en particular, es oportuno señalar que en su más reciente jurisprudencia (CSJ SL2885-2019, CSJ SL4479-2020, CSJ SL5042-2020 y CSJ SL1439-2021) la Corte ha reconocido que en los casos dudosos o ambiguos en los que la subordinación no encaja en la forma en que tradicionalmente se ha entendido, es importante tener en cuenta la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, que compila un haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta. Precisamente en la citada decisión CSJ SL5042-2020 se indicó que un factor indicativo de la subordinación es que la persona preste un servicio fundamental dentro de la organización o estructura de la empresa. Así lo adoctrinó la Sala:

Por lo anterior, al Tribunal le asistió plena razón al tener en cuenta como premisa indicativa de la subordinación, en contravía de la no autonomía e independencia, el hecho de que el fallecido prestaba un servicio fundamental dentro de la estructura de la empresa. Ese factor indicativo del contrato de trabajo, en el plano de la realidad, ha sido aplicado por esta corporación en anteriores oportunidades (CSJ SL2885-2019), además de que ha sido consagrado en la Recomendación 198 de la OIT, que sirve para

informar la orientación de la Corte y que señala como parámetro determinante de una relación de trabajo el hecho de que se cumplan labores que implican «[...] la integración del trabajador en la organización de la empresa [...]», tal y como ya lo adocrinó la Sala en la sentencia CSJ SL 4479-2020.

Asimismo, en la reciente sentencia CSJ SL1439-2021 la Corte recopiló varios indicios que la jurisprudencia ha identificado, sin que ello, se reitera, se entienda como reglas exhaustivas dado el carácter dinámico y circunstancial de las relaciones de trabajo, pero que se relacionan con los mencionados en el referido instrumento internacional, así:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).”

Aplicando estos preceptos al caso concreto, lo primero que debe destacar la Sala es la naturaleza jurídica de la entidad demandada y del contrato que esta ejecutaba; pues la CORPORACIÓN SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO, acorde a la resolución que le confiere la personería jurídica, es una entidad sin ánimo de lucro constituida para prestar servicios educativos en zonas de difícil acceso y precisamente por el alcance de su labor, se probó que el I.C.B.F. le designó algunos contratos de aportes para ejecutar acciones sociales de prevención, cuidado y nutrición de niños menores de 5 años o en condición de vulnerabilidad.

Estima la Sala que es procedente destacar que la naturaleza de la demandada es ser una asociación sin ánimo de lucro con un objeto social de ejecución de obras sociales y al respecto, la Sala de Casación Laboral en sentencia del 20 de octubre de 2019 (Rad. 34.158) consideró que *“no puede perderse de vista que esa entidad es una organización no gubernamental, sin ánimo de lucro, de utilidad común, de intereses colectivos y finalidades solidarias (artículo primero de sus estatutos), de manera que por su esencia las actividades de sus miembros tienen un carácter desprovisto, en principio, de todo ánimo económico”* y por ende el análisis sobre la existencia de un vínculo laboral por una actividad personal, debe verificarse atendiendo a la naturaleza de las funciones prestadas y la finalidad contratada.

Por ello, un primer elemento para valorar es que la labor contratada a la actora no solo era de carácter e índole social, sino que además resulta ajena al objeto que normalmente ejecuta la CORPORACIÓN demandada; pues esta es una asociación educativa, y el servicio prestado por la actora fue atender niños menores de edad en aspectos de salud y nutrición. Como explican los testigos, realizaba tamizaje y control del peso, talla, alimentación y cuidado corporal de los menores de edad, para entregar dicha información a otros profesionales del contrato, para que estos elaboraran dietas y recomendaciones clínicas. Igualmente, esta recolección de información debía servir para elaborar programas futuros de salud infantil.

Este contexto evidencia que la labor contratada era ajena al objeto que normalmente desarrollaba la demandada principal, derivando en un criterio de especialidad que es normal en un contrato de prestación de servicios, pues estos se suelen utilizar para realizar labores ocasionales o que requieran conocimientos especializados que no existen en la planta de personal previamente existente. Concordante a esto, también se destaca que no hubo una prolongación indefinida o muy extensa en el período contratado, pues si bien existieron 4 contratos entre las partes, solo cubrieron un espacio de tiempo por aproximadamente 8 meses y estos se encuentran respaldados por los períodos en que hubo contratos de aportes con el I.C.B.F.

Acorde a lo anterior, la labor ejecutada se advierte ajena a la estructura organizacional de la demandada y la demandante no evidencia estar incorporada en una labor permanente y común que desarrolle su objeto social; ahora bien, procediendo a analizar si se desvirtuó el elemento subordinante, se destaca que solo

acudieron dos testigos de los solicitados por la parte actora y a partir de las declaraciones de uno de ellos, puede evidenciarse la realidad sobre cómo ejecutaba la demandada sus contratos de prestación de servicios.

Nótese que el señor YANSON MONTAÑO, si bien desconocía la naturaleza contractual de la demandante y los pormenores de sus formalidades, expone que desde su posición como también contratista, puede aseverar que los controles y supervisiones se identificaban con el cumplimiento de las metas contratadas. Que si bien existía necesidad de acudir a regionales alejadas, era precisamente porque ese fue el objeto contratado y de allí se desprende que el contratista ya sabía las condiciones en que aceptaba prestar el servicio. Mal podría entenderse como un deber subordinante que le exigieran ir a zonas de difícil acceso, pues esta era la razón del contrato y tanto la actora como el señor MONTAÑO, conocían previamente que su labor iba a ser verificar el estado de niños en condición de vulnerabilidad, porque residían en zonas alejadas, lo que descartaba la posibilidad de ejecutarlo remotamente o desde casa, como reclama el apelante.

Respecto de los controles y supervisión de la CORPORACIÓN sobre la labor contratada, se advierte que esta resulta natural por tratarse de una entidad que ejecutaba recursos públicos en razón a un programa estatal de alta relevancia y control presupuestal; advierte la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1111 de 2022, que el manejo económico de recursos ajenos da lugar a ciertos controles sobre los contratistas que no pueden confundirse con subordinación si se advierte que son parte del objeto contratado, lo que explica así:

“En esa medida no siendo representante o miembro de la Junta Directiva, sino contratista, es evidente que no estuviese facultada para efectuar el manejo económico de la Asociación de manera independiente, pues se trataba de recursos ajenos a la accionante, que requerían control por parte de la demandada como su propietaria. En todo caso, no puede desconocerse que en el ejercicio de una labor como la desempeñada por la actora, pueden presentarse algunos lineamientos o supervisión que deben ser atendidos en razón a la tarea encomendada, pero ello no hace que quien presta el servicio en esas condiciones se encuentre subordinado frente al contratante.”

En igual sentido se ha advertido previamente en SL4143 de 2019:

“Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.

Por otra parte, es preciso indicar que en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.”

Aplicando estos preceptos jurisprudenciales, se advierte que no es posible identificar los controles y programaciones de la entidad demandada como subordinación, atendiendo a la naturaleza del contrato de aportes y la exigencia propia de cumplir los objetos presupuestales recibidos; la demandante debía acudir a veredas y zonas a desarrollar labores especiales en función de su conocimiento en salud, siguiendo claro las rutas y programas del demandado porque estas venían prediseñadas para una adecuada ejecución de los recursos públicos.

Respecto del cargue de información a la plataforma de la entidad contratante, si bien existía una fecha límite, no se advierte que la actora tuviera un horario o modo especial dictado por el demandado para ejecutar esta función; si bien indica la testigo VANESSA YANEZ que lo hacía usando un computador entregado por el ICBF, no hay prueba documental de esto y tampoco se evidencia un acta de entrega o recibido de algunas de las partes para verificar su dicho.

Advierte la Sala que el testimonio de la señora YANEZ, además de tener cierto rango de sospecha por su parentesco con la demandante, es principalmente de oídas y su conocimiento del asunto proviene de las manifestaciones que su tía le comentaba. Por ejemplo, afirma que estuvo presente cuando MONICA recibió una visita donde le notificaron un memorando, pero al ser cuestionada sobre su contenido niega haberlo visto y no es muy clara sobre si presenció la conversación, más allá de las explicaciones que le dio su tía. Igualmente, desconoce los nombres de las personas que afirma acudieron o llamaban a dar instrucciones y a que entidad representaban, pues al ser cuestionada si eran del ICBF o de la CORPORACIÓN, niega haberlo conocido en ese momento y tampoco aseguró si las visitas eran en días impuestos o podía escogerlos. Situaciones que impiden darle total credibilidad para verificar la forma en que se ejecutó el contrato, pues además de su interés, es un sujeto ajeno al programa que solo tuvo acceso a partir de las labores de digitación que ocasionalmente ayudó a ingresar a su familiar.

Por lo anterior, la declaración del señor MONTAÑO es la única que permite conocer sobre el modo de ejecución de la relación demandada pues explica cómo funcionaba su contrato que fue paralelo al de la actora y resalta de manera especial que se trataba de una OPS, por lo que no le podían exigir cumplimiento estricto de órdenes o él dar explicaciones para ausentarse, más allá de acudir a las reuniones que eran parte del objeto contratado. Igualmente, este reporta que las metas y planillas solo les eran exigidas para presentar la cuenta de cobro, lo que descarta una estricta supervisión de funciones.

Otras situaciones enunciadas como la imposición de sanciones, amenazas de despido o memorandos, que acorde al relato sucedieron tanto verbal como documentalmente, no están probadas al plenario y su principal soporte son las manifestaciones que hizo la misma actora, bien sea al proceso o a los dos testigos.

Referente a lo alegado por el apelante sobre indebida intermediación, se destaca que la naturaleza del contrato por aportes del cual se predica la existencia de una relación laboral encubierta, se trata de una modalidad de contratación especial consagrada en el ordenamiento jurídico como parte del desarrollo del I.C.B.F. y su actividad de coordinación de actividades sociales de atención a la infancia y la adolescencia; funciones que no puede ejecutar dicha entidad por su cuenta, pues su labor es destinar los recursos, plantear los lineamientos generales y desplegar los medios a través de entidades que ya cuentan con el acceso, para que reciban los recursos y faciliten el programa. Situación que se advierte es la de este caso, donde se entrega el contrato de aportes a una Corporación Educativa Sin Ánimo de Lucro, para que use su red de alcance previo y facilite la ejecución de recursos para la población infantil; escenario previsto por la ley y por ende, no puede tacharse de indebido.

Por lo anterior, en este caso concuerda la Sala con lo concluido en primera instancia, sobre que los elementos de prueba recepcionados permiten evidenciar que realmente sí se ejecutó el contrato de prestación de servicios bajo los términos pactados, desmontando la valoración probatoria que estos sirvieran para encubrir realmente una relación bajo subordinación y en general, se desprende que la naturaleza de la labor contratada era especial, temporal y su ejecución se ajustó a los parámetros de coordinación propios de un contrato estatal con función social, por lo que se confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a la parte demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Finalmente, se condenará en costas a la parte actora, fijando como agencias en derecho la suma de \$250.000, a favor de la parte demandada ICBF, que fue quien se opuso a las pretensiones.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2.021) proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, de acuerdo a lo explicado en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte actora, fijando como agencias en derecho la suma de \$250.000, a favor de la parte demandada ICBF.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2.022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-498-31-05-001-2020-00219-01
RADICADO INTERNO:	19.539
DEMANDANTE:	FERNEL ANTONIO SERRANO SANTIAGO
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE TEORAMA, DIÓCESIS DE OCAÑA y PARROQUIA SAN ISIDRO LABRADOR

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 4 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña.

1. ANTECEDENTES:

El señor FERNEL ANTONIO SERRANO SANTIAGO mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la DIOCESIS DE OCAÑA, PARROQUIA SAN ISIDRO LABRADOR y el MUNICIPIO DE TEORAMA, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 10 de agosto de 1972 al 6 de mayo de 2020, con omisión en el deber de afiliación a seguridad social para que se condene al reconocimiento de pensión sanción, conforme al artículo 133 de la Ley 100 de 1993 desde los 58 años de edad, ordenando el pago del retroactivo; que se condene al pago de aportes a pensión.

Que se ordene el pago de salarios dejados de percibir y auxilio de transporte durante toda la relación laboral, y los que se siguen causando por el despido injusto al seguir existiendo el objeto contratado, beneficios perdidos por no haber realizado aportes a parafiscales, dotación, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a cesantías, aportes a salud, gastos médicos, dominicales, festivos, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, intereses de mora, indexación, indemnización por despido injusto y costas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones expresó:

- Que fue contratado verbalmente para adelantar la labor de SEPULTURERO del Cementerio Parroquial de Teorama (Norte de Santander), siendo llamado a prestar servicios por el párroco de la Parroquia San Isidro Labrador del municipio, presbítero Emiliano Santiago Quintero (QEPD), por lo que inició labores del 10 de agosto de 1972 al 6 de mayo de 2020.

- Que desconocía quien es el propietario o administrador del Cementerio Parroquial de Teorama, prestando su actividad personalmente, recibiendo

órdenes y salario mediante bonificaciones del párroco que oficiara como única remuneración. Además, desempeñaba labores de mantenimiento de las instalaciones del cementerio parroquial del Municipio de Teorama, Norte de Santander; además, las actividades conexas y complementarias que se originan de la naturaleza del cargo de SEPULTURERO; tales como: inhumación, exhumación, colocación y arreglo de lapidas, limpieza, trabajo en alturas, entre otras.

- Que nunca percibió una remuneración equivalente al salario mínimo, son comisiones que según el párroco devengaba derivado del pago del familiar del fallecido y que equivalía a \$50.000 por inhumación y \$70.000 por exhumación, pese a cumplir sus funciones de 8 a.m. a 12 p.m. y de 2 a 6 p.m., de lunes a sábado con disponibilidad de domingos y festivos, acorde al servicio exigido por el Cementerio Parroquial.

- Que durante el vínculo no fue afiliado a seguridad social, ni se le reconocieron prestaciones sociales, contando actualmente con 60 años de edad y no tiene el equivalente a 1817 semanas cotizadas como le correspondería.

- Que el 6 de mayo de 2020 recibió una comunicación con membrete de la Parroquia San Isidro Labrador del Municipio de Teorama (Norte de Santander) y con un sello aparentemente de recibido de la Alcaldía Municipal de Teorama (Norte de Santander); en donde, el Párroco, Presbítero Enrique Ríos Pallares, Ana Liboria Quintero y Laudith Torcoroma Meneses, estas dos, en representación de un equipo pro-cementerio Parroquial de Teorama (Norte de Santander) y de Ana Oliva Díaz Rincón en calidad de secretaria del despacho parroquial, en conjunto, reconociendo que durante varios años cumplió la función de **SEPULTURERO** en el Cementerio Parroquial de Teorama (Norte de Santander) y, sin ningún reparo, especifican que no tiene ningún contrato con la Parroquia ni con las administraciones municipales; así mismo que aduciendo el decreto de la Covid-19 (sin determinar cuál) le ponen de manifiesto que él es mayor de edad; esto es, que tiene setenta y dos (72) años y que por lo tanto, no es apto para realizar dicha labor. Advierte que el actor lo firmó de buena fe, sin percatarse que lo identificaban como albañil, pues estaba redactado de manera confusa para desligar a las demandadas de obligaciones legales y pese a ello siguió con su labor de sepulturero.

- Que, en vista al incumplimiento sistemático de obligaciones de los empleadores, remitió oficio el 16 de junio de 2020 terminando el contrato de trabajo por el impago de salarios y prestaciones sociales; dando respuesta la Parroquia negando la existencia de una relación laboral pero aceptando la prestación del servicio.

La DIOCESIS DE OCAÑA a través de apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y señalando:

- Que no le constan los hechos alegados, pues la Diócesis bajo ninguna figura laboral o contractual civil, contrató al actor y en los hechos se refiere expresamente al Cementerio Parroquial de Teorama o a la Parroquia San Isidro Labrador, no a la entidad y por ende no le asiste asumir compromisos por derechos laborales al ser una persona jurídica independiente, con capacidad de representación y autonomía administrativa y financiera. Tampoco siendo la administradora ni propietaria del cementerio.

- Que se opone a las pretensiones elevadas en su contra pues el actor no laboró de manera continua e ininterrumpida para la Diócesis de Ocaña, ni directa ni indirectamente durante los extremos temporales que quiere mostrar y evidencia que realmente fungía como albañil de la Administración

Municipal. Tampoco existiría solidaridad alguna, pues no se configuran las situaciones consagradas entre artículos 34 a 36 del C.S.T.

- Propuso como excepciones inexistencia de relación de trabajo entre el demandante y el demandado e inexistencia del vínculo o relación jurídica de trabajo entre la demandante y codemandada, ausencia de relación laboral, ausencia de subordinación, carencia de la acción, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, falta de legitimación por pasiva, inexistencia de solidaridad, prescripción y genérica.

Mediante auto del 7 de diciembre de 2020, se declaró que la contestación del MUNICIPIO DE TEORAMA solo se tendría por contestada respecto de los hechos individualizados (11- 12- 13- 17- 18- 19- 20- 21- 22- 33- 34- 37- 38- 39), y se tendrán por ciertos los contestados de manera acumulada (1 AL 10- 14 AL 16- 23 AL 30- 31 AL 32- 35 AL 36); por lo que se advierte que contestó lo siguiente:

- Que en ningún momento mantuvo una relación laboral con el actor y no existía obligación alguna en su favor, desconociendo la razón por la que se radicó ante la Alcaldía la comunicación aportada, no siendo dable pretender que de ella se deriven pruebas en su contra y tampoco de la reclamación radicada posteriormente, siendo hechos imputables a un tercero (la Parroquia del municipio) y no imputable a la entidad territorial.

- Propone como excepciones de mérito la Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de relación laboral y prescripción.

En audiencia de fecha 24 de mayo de 2021 se ordenó integrar como litisconsorte necesario a la PARROQUIA SAN ISIDRO LABRADOR del municipio de Teorama, que una vez notificada por correo electrónico no contestó la demanda.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 4 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no prósperas las pretensiones de la demanda por lo manifestado en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, por lo manifestado en las consideraciones.

TERCERO: CONDENAR en costas de primera instancia a la parte demandante, quien por agencias en derecho deberá cancelar la suma de \$500.000 al demandado Municipio de Teorama, y \$500.000 al demandado Diócesis de Ocaña.”

2.2. Fundamento de la decisión.

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

- Que el problema jurídico se centra en determinar si existe el contrato laboral alegado con los demandados MUNICIPIO DE TEORAMA, DIÓCESIS DE OCAÑA y PARROQUIA SAN ISIDRO LABRADOR, acorde a los parámetros legales y jurisprudenciales aplicables sobre el contrato de trabajo.

- Advierte que existe un indicio en contra del Municipio de Teorama, por la contestación extemporánea por lo que es procedente aplicar la presunción en caso de demostrarse la prestación del servicio a su favor; sin embargo, resalta que no se aportó prueba sobre que el CEMENTERIO fuera de su propiedad o administración y esto era carga de la prueba del actor, pues el mismo demandante plantea desde su escrito que desconoce quién es su empleador al no conocer esta situación y esto plantea serias dudas sobre la existencia de la relación laboral.

- Resulta tan incierta la pretensión, que el demandante remitió también peticiones a ambas entidades para reclamar sus derechos laborales; de lo que deriva su falta de claridad frente a quien es su empleador y esta incertidumbre no podía mantenerse en el proceso, ni dejarse al azar probatorio.

- Que los testimonios rendidos por JOSE ANTONIO SANTIAGO, TERESA DE JESUS VERGEL y YEINY MARCELA SANTIAGO VERGEL, todos pertenecientes a la misma familia, contestaron que desconocían si existió relación laboral con el municipio y el mismo actor aunque afirmó que inicialmente recibía los pagos del Municipio, al ser indagado por el despacho informó que realmente era un tercero quien le llevaba el dinero a la casa que según le dijo mandaba el tesorero, pero no se aportaron pruebas concretas de que prestara servicios o fuera remunerado por la administración de Teorama y sí existen pruebas de que hay una junta pro-cementerio, de lo que deriva que no hubo relación laboral con esa demandada y no puede afirmar que fuera trabajador oficial del municipio, en la medida que no se demuestra tampoco que ejerciera labores de sostenimiento y mantenimiento de obra pública, por la imposibilidad constitucional de darle el carácter de dominio a un lugar donde descansan restos de seres humanos fallecidos.

- Respecto de un posible contrato con las otras demandadas, resalta que la PARROQUIA SAN ISIDRO LABRADOR no contestó la demanda y está demostrado que se tratan de personas jurídicas diferentes, pero no se aportó prueba sobre lo afirmado en cuanto a que recibía órdenes y fue vinculado por los párrocos para ejercer sus labores; destacando que entre los documentos que se aportan para demostrar órdenes, estos se rotulan como permisos de exhumación suscritos por el párroco dando fe de que se depositó un cuerpo, pero estos se expiden a los propietarios de las bóvedas por lo que no demuestran ser constitutivos de órdenes al actor. Explicando el testigo ENRIQUE RÍOS PALLARES, párroco, que estos se expedían para trámite a la comunidad y advierte que acorde a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la exhumación recae sobre los familiares de los difuntos.

- Respecto del oficio enviado por el actor a párroco informando que terminaba la relación laboral, y al cual se le contestó que lamentaba su decisión de no ser más el sepulturero, lo que no se desconoce, pero rechaza que hubiera una relación con él sino que eran los familiares quienes lo contrataban y remuneraban su labor, sin intervención de la parroquia; por lo que allí no es cierto que se acepte el contrato de trabajo o haya contradicciones que permitan inferirlo.

- Refiere que no existen pruebas de que el actor en su prestación de servicios beneficiaria, recibiera órdenes o fuera remunerado por alguna de las entidades demandadas, sino que su actividad se tranzaba directamente con los familiares de los difuntos; por lo que mal podría afirmarse que se configuran los requisitos del contrato de trabajo, dado que acorde a la naturaleza de la actividad prestada son los familiares quienes acceden a servicios y buscan quien realice la actividad de sepulturero. Resaltando que

el mismo actor aceptó no haber percibido salario alguno, sino el valor cancelado por los familiares por su servicio.

3. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que no comparte la decisión por carecer de congruencia con los hechos y pretensiones elevadas, pues desconoce la realidad y circunstancias que rodearon la prestación del servicio a favor de las demandadas; que si bien es cierto no fue posible probar quien es el propietario del cementerio, pero por existir irregularidades en esta situación por parte de la Administración del Municipio que apenas en 2015 comenzó a organizar su archivo documental, lo que no puede servir para desconocer los derechos del actor a quien se le niega la calidad de trabajador público o privado, concluyendo prácticamente que el actor llegó solo a promover exhumaciones, inhumaciones y mantenimiento del cementerio a su discreción, sin autorización en propiedad ajena.

- Que las órdenes entregadas a los familiares para realizar la exhumación eran para que fuera ejecutada por el demandante, siendo una conclusión ilógica que se acepte como autónomo por la naturaleza de la labor y se valoró indebidamente la falta de prueba sobre la situación del Cementerio, pues esto debían probarlo los demandados o tenerse como indicio grave en su contra. Por lo que si se descarta su calidad de trabajador oficial, debía concluirse que es privado y a cargo de quien autoriza las exhumaciones.

- Que se leyó fragmentadamente el oficio de respuesta del párroco y sus manifestaciones en interrogatorio, ignorando afirmaciones como que el Municipio era el que remuneraba los arreglos que realizaba en el cementerio, por lo que su declaración en audiencia niega sus propias afirmaciones previas; buscando con sus respuestas evadir responsabilidades sobre una persona iletrada, que prestaba sus servicios como sepulturero y no acepta que cualquiera pueda ejecutarlo con una mera autorización, sino el responsable designado al cementerio por parte de la parroquia, la diócesis y la administración municipal, no siendo cierto que el Obispo solo se encarga de situaciones pastorales y no administrativas.

- Que los testigos son claros en indicar que todo el pueblo reconoce al actor como el sepulturero de Teorama, desconociendo la prestación de servicios e imponiéndole las consecuencias desfavorables de la falta de pruebas por malos manejos administrativos, quien recibía órdenes paralelamente desde 1972 por el municipio y la parroquia, ejecutándola de buena fe para que se desconozca ahora el servicio prestado y a favor de quien, por 47 años amparados en el desorden de las demandadas, cuando esta evidenciado que era el que sepultaba por órdenes del párroco y hacía los mantenimientos del cementerio.

- Que se debió interpretar armónicamente el documento de orden de exhumación, siendo lógico derivar que alguien ejecutaba dicha situación y era el sepulturero, por instrucción de la parroquia pues no podía hacerlo sin su autorización o permiso, como se deriva de esos documentos firmados por representantes de la parroquia. Resaltando que fue tal la falta de garantías al actor durante su relación laboral y actualmente, que su salud, sostenimiento económico y protección depende enteramente de su afiliación a los programas del Estado (régimen subsidiado, programa adulto mayor y otros), advirtiéndole que no se aceptó la falta de salario sino su irregularidad.

- Que el juez dejó de analizar lo correspondiente a los elementos de trabajo, que no eran debidamente suministrados por el demandado, sino que el actor mantenía sus herramientas porque no cumplían con sus deberes legales pero los conseguía con la remuneración que le entregaban. Reiterando que se valoró en contra del demandante la falta de documentación que debían mantener y elaborar las demandadas, omitiendo la aplicación de los principios constitucionales de primacía de la realidad, in dubio pro operario, favorabilidad y protección al trabajador, mediante un análisis integral de las pruebas.

4. ALEGATOS

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

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER:

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

¿Se encuentra acreditada la existencia de un contrato de trabajo realidad entre FERNEL ANTONIO SERRANO SANTIAGO como trabajador y las demandadas DIOCESIS DE OCAÑA, PARROQUIA SAN ISIDRO LABRADOR y el MUNICIPIO DE TEORAMA como empleadores entre el 10 de agosto de 1972 al 6 de mayo de 2020?

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, procede la Sala a determinar si entre el señor FERNEL ANTONIO SERRANO SANTIAGO como trabajador y las demandadas DIOCESIS DE OCAÑA, PARROQUIA SAN ISIDRO LABRADOR y el MUNICIPIO DE TEORAMA como empleadores entre el 10 de agosto de 1972 al 6 de mayo de 2020, en virtud del cual, las demandadas estarían obligadas a reconocer conceptos salariales, prestacionales, pensión sanción e indemnizaciones por el incumplimiento reiterado de sus obligaciones laborales.

El juez *a quo*, determinó que no había lugar a las pretensiones elevadas contra ninguna de las demandadas pues no existe prueba siquiera de cuál de esas entidades es la encargada, propietaria o administradora del Cementerio donde el actor afirma haber ejecutado como sepulturero y labores de mantenimiento, sin que los documentos o testimonios aportados permitan evidenciar que existiera prestación de servicios en su favor, partiendo de una definición adecuada de la dignidad humana que implica el trato de restos humanos.

Decisión frente a la cual presentó apelación la parte demandante por estimar que hubo una indebida apreciación de las pruebas y errada aplicación de los principios constitucionales de protección al trabajador, indicando que la decisión inclusive contraria la lógica al demostrarse la prestación del servicio e imponer consecuencias desfavorables pese al deber de inversión de la carga de la prueba.

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

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

Esta presunción legal opera a favor del trabajador y, por consiguiente, demostrada la prestación del servicio, es a cargo del empleador desvirtuarla. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en diferentes oportunidades, entre estas en la Sentencia de 13 de diciembre de 1996, donde precisa, que el artículo 24 no consagra un derecho sino una regla de juicio que afecta la carga de la prueba en el proceso laboral, esto es, se trata de una instrucción a los jueces laborales, relevando al trabajador de acreditar el elemento de la subordinación pues esta se presume y toda prestación de una actividad personal a favor de otra persona, natural o jurídica, debe entenderse en principio como laboral a menos que el empleador desvirtúe que hubo dependencia.

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

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

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

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

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

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

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

- Documento suscrito por ENRIQUE RIOS PALLARES como párroco, Fernel Serrano como “albañil”, las señoras Ana Liboria Quintero y Laudith Torcoroma Meneses como “Equipo pro-cementerio” y Ana Oliva Díaz Rincón como Secretaria, de fecha 6 de mayo de 2020 que dice: *“Los abajo firmantes dejamos constancia que el señor FERNEL SERRANO (...) con profesión albañil viene realizando durante varios años sin la función de sepulturero en el cementerio central de este municipio sin tener ningún contrato con la parroquia ni con las administraciones, solo devenga una bonificación por parte del familiar del fallecido que le solicita el servicio manejando el costo así: inhumación por un valor de 50.000 y exhumación por un valor de 70.000 pesos. Es de aclarar que el antes mencionado es mayor de edad, 72 años, por lo tanto no es apto para realizar dicha labor según lo establecido en el decreto de covid19”*. Se evidencia que el documento tiene logo de la PARROQUIA SAN ISIDRO LABRADOR TEORAMA y un sello de recibido del 20 de mayo de la ALCALDÍA MUNICIPAL DE TEORAMA.

- Documento dirigido por FERNEL SERRANO a la PARROQUIA SAN ISIDRO LABRADOR, de fecha 16 de junio de 2020, terminando su contrato de trabajo de forma unilateral que alega inició en 1972, por el incumplimiento de las obligaciones del empleador; firma como recibido ANA OLIVA DÍAZ – Secretaria y otro en iguales términos dirigido y radicado ante la Alcaldía Municipal de Teorama.

- Documentos médicos que contienen la historia clínica del actor expedida en noviembre de 2019, describiendo a un paciente de 71 años con evolución de episodio sincopal, trauma por inversión de pie izquierdo con férula de yeso; de diciembre de 2019 sobre control por diabetes, hipertensión arterial y hernia umbilical.

- Documento del 13 de julio de 2020 suscrito por ENRIQUE RIOS PALLARES, párroco de San Isidro Labrador de Teorama, contestando a escrito de terminación así: *“lamento su decisión de finalizar su labor como sepulturero, la cual ha sido de gran importancia para el Municipio de Teorama, según he observado en el tiempo que he tenido la oportunidad (...) debo manifestar la extrañeza generada por su afirmación referente a que la Parroquia a mi cargo ha obrado como empleadora (...) pues es de conocimiento público que sus servicios encaminados al mantenimiento de las instalaciones del cementerio, son remunerados por la Alcaldía municipal, así como las labores relativas a honras fúnebres son canceladas por quienes llevan a cabo las exequias de sus seres queridos, sin intervención por parte de la parroquia. Adicionalmente el suscrito jamás ha impartido órdenes (...) en el archivo de la parroquia no reposa ningún documento que de cuenta de la existencia de dicha relación en ningún momento”*.

- Una serie de 43 documentos identificados como “CERTIFICADO DE EXHUMACIÓN” donde suscribe JORGE ENRIQUE HERNÁNDEZ o ENRIQUE RIOS PALLARES como párroco dando fe sobre la propiedad de bóvedas y que depositarán allí a un familiar, con fechas donde no se especifica el año, excepto unos de agosto a octubre de 2019 y marzo de 2020, y algunos con encabezado que dice “Diócesis de Ocaña – Parroquia San Isidro Labrador”. Sin que ninguno de estos mencione o se dirija al accionante.

- Documento suscrito por ROBINSON SALAZAR como Alcalde Municipal de Teorama el 4 de noviembre de 2020, contestando al actor que no se encontró prueba alguna de relación laboral con el actor y de los hechos expuestos que de existir, sería con la Parroquia.

- Certificado de existencia de la Diócesis de Ocaña, expedido por el canciller MILCIADES BAYONA JAIME el 19 de octubre de 2020, indicando que fue creada el 26 de octubre de 1962.

- Interrogatorio de parte absuelto por FERNEL SERRANO, quien expuso haber ejercido como sepulturero del Municipio de Teorama siendo contratado por el padre EMILIANO SANTIAGO QUINTERO en agosto de 1972 quien le dijo que fuera al cementerio, enterrara y sacara los muertos y lo mantuviera, indicando que el padre abría y él cerraba. Que una parte le pagaba el municipio y otra la parroquia, pero derivado del pago de la bonificación de la familia del fallecido que recibía por órdenes del padre, cuando ellos no tenían le pagaba el padre y otra parte el municipio mediante la tesorería que le mandaban a la casa con terceros como el celador. Que cuidaba el cementerio diariamente, le hacía mantenimiento y los entierros, que podían ser de 4 a 5 por mes. Otras veces los familiares de los muertos le pagaban para hacer mantenimiento a sus tumbas. Que para junio de 2020 terminó la relación porque ya tenía 73 años y no podía seguir en el cementerio, por lo que le pidieron las llaves. Que desde su conocimiento, a través del padre es como se adquiere propiedad sobre las bóvedas. Que el cementerio se pintaba anualmente, siendo el padre quien compraba la pintura.

- Interrogatorio de parte absuelto por GREGORIO SALAZAR PÁEZ, quien manifiesta ser el padre de la parroquia San Isidro Labrador de Teorama desde febrero de este año y señala no conocer al actor. Refiere que el Cementerio es organizado a través de un comité, y en los 8 meses que lleva en Teorama solo asiste los lunes a realizar la eucaristía, existiendo una persona a quien contratan para tapar una bóveda y esto lo cancelan los familiares del difunto. Que el cementerio no conoce que tenga escrituras. En el tiempo que lleva los familiares son quienes organizan las inhumaciones. Explica que el comité se conformó por el estado del cementerio, para arreglarlo y desde su conocimiento este pertenece a la comunidad, pero desconoce exactamente quienes lo conforman y cómo funciona. Señala que a su llegada tuvo un inconveniente con ese comité, porque no existe documento que certifique la propiedad o administración de la parroquia sobre el mismo, por lo que él no expide ya documentos como los aportados en la demanda y se limita a celebrar la misa, es decir organizar los servicios fúnebres.

- Testimonio rendido por JOSÉ ANTONIO SANTIAGO, manifiesta ser comerciante de productos naturales en el municipio de Teorama, que conoce y distingue al señor FERNEL como con cualquier habitante del municipio; expone que el actor desde joven se dedica a la construcción en el pueblo, haciendo casas recuerda que lo sabe desde que tenía 10 años y también con el tiempo comenzó a enterrar y desenterrar la gente del cementerio, pero desconoce quién lo contrataba o le pagaba por hacer eso. Señala que nadie más en el pueblo hacía esa labor, y que a él lo ubicaban siempre en el

cementerio. Que lo comenzó a ver hacer esa labor hace como 40 años, pero que cualquier labor o necesidad que hubiera en el cementerio lo buscaban a él. Que para tramitar un entierro debe tenerse un permiso de la alcaldía, de la parroquia y se cancelan los costos fúnebres. Que en su caso, recuerda que para el entierro de su mamá varias personas ayudaron en la tumba, incluyendo FERNEL por solicitud de uno de sus hermanos pero que no se le pagó. Desde su perspectiva el señor FERNEL era el que administraba el cementerio, era quien estaba allá y a quien todos buscaban, pero no sabe si el estaba allí por su cuenta o por la curia. No sabe de algún vínculo con el municipio de Teorama.

- Testimonio rendido por TERESA DE JESÚS VERGEL, reside hace más de 40 años en Teorama donde es ama de casa y vive con su hija, conoce a FERNEL porque son vecinos, pero no son familiares; que hace 13 años utilizó el cementerio para el funeral de su suegra, donde FERNEL fue quien tapó la bóveda pero niega que le hubieran pagado. Que sacó los permisos de la alcaldía y la parroquia, para luego dirigirse a Fernel quien permanecía en el cementerio. Desconoce si le pagaban, recibía órdenes o porque administraba. Que conoce al actor en esa labor más o menos desde 1980, siendo quien enterraba, desenterraba y hacía todas las labores del cementerio. No sabe de vínculo directo con el municipio de Teorama.

- Testimonio rendido por YEINY MARCELA SANTIAGO VERGEL, quien manifestó que residió permanentemente en Teorama desde que nació hasta salir a la universidad en 2001, conociendo al señor FERNEL como vecino del pueblo; siempre lo identificó como el sepulturero del pueblo, no tiene familia relacionada con él. Que directamente no utilizó sus servicios, pero recuerda en su familia con la muerte de un tío que debieron sacar unos permisos en la alcaldía y en la parroquia, allí hicieron unos pagos para después pasar con Fernel para el entierro, pero desconoce como llega esa orden a Fernel o a través de que acuerdo, solo que es quien se encargaba del cementerio, siempre estaba allí y se le identifica como el sepulturero del pueblo, donde sirvió toda la vida, desconociendo como le remuneraban esa actividad, que constaba de limpiar, organizar, enterrar y desenterrar. Advierte que en el pueblo no está claro quien es el propietario o administrador del cementerio, algunos dicen que la alcaldía y otros que la parroquia.

- Testimonio rendido por ENRIQUE RÍOS PALLARES, párroco del municipio de Teorama de 2018 a 2020 donde conoció al señor FERNEL, manifestando que en sus 3 años como párroco no le dio órdenes ya que sus trabajos eran con la comunidad y no directamente con la parroquia; sobre los pagos en casos de entierros, señala que los familiares del difunto eran quienes buscaban al sepulturero y la parroquia solo cobraba el arancel. Niega que el actor tuviera cargo o que recibiera órdenes de abrir, cerrar, sepultar y tampoco le cancelaban, siendo en una reunión con la comunidad donde se advirtió que por su edad no debería seguir ejerciendo esa labor, pero no a modo de despido sino por consideración a su edad. Que el actor no percibía ni siquiera insumos de la parroquia, consiguiendo por su cuenta los ladrillos, cemento o andamios, como el otro sepulturero que usaban DARÍO, o incluso los familiares del difunto si eran albañiles lo enterraban, por lo que no había relación directa con la parroquia. Relata que cuando él llegó, existía inconformidad con Fernel porque estaba administrando bóvedas, arrendándolas y vendiendo algunas sin control, por lo que la comunidad conformó un comité y se le pidió tomar cierta acción para controlar el movimiento de los cadáveres. Que el cementerio no es propiedad de la iglesia o la alcaldía, tiene entendido que las escrituras están a nombre de una familia y lo que hacía la parroquia era poner un poco de orden, la alcaldía ponía alguien que celaba y ponía las luces pero no era Fernel.

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

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

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

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, estimó el juez *a quo* que no existen pruebas de que el actor en su prestación de servicios beneficiaria, recibiera órdenes o fuera remunerado por alguna de las entidades demandadas; lo que controvierte el apelante reclamando una indebida apreciación probatoria e incorrecta aplicación de las cargas probatorias.

Una consideración inicial que se deriva de las pruebas documentales y testimoniales es que indiscutiblemente el señor FERNEL SERRANO ejerció labores como sepulturero en el cementerio del Municipio de Teorama; una situación que fue aceptada por el párroco ENRIQUE RÍOS en el documento del 6 de mayo de 2020 que firma con su secretaria y miembros del “equipo pro-cementerio”, así como en el documento del 13 de julio de 2020 y en su declaración testimonial. Igualmente, los tres testigos JOSÉ ANTONIO SANTIAGO, TERESA DE JESÚS VERGEL y YEINY MARCELA SANTIAGO VERGEL expusieron conocer de hace mucho tiempo como habitantes del Municipio Teorama, que el actor era el sepulturero del cementerio municipal y que dicha situación era de público conocimiento, como se aceptó por parte del actual párroco GREGORIO SALAZAR PÁEZ.

Ahora bien, no es desacertada la observación del juez *a quo* sobre que la prueba de estos servicios que desplegaba el actor es insuficiente para beneficiarse de la presunción del artículo 24 del C.S.T., pues debe quedar paralelamente demostrado quien era el beneficiario de esta prestación de servicios para que sobre este sujeto pueda invertirse la carga de la prueba y para este caso, dicha situación se plantea confusa desde la misma proposición de la demanda, donde el actor desconoce inclusive quien es la entidad propietaria o administradora del cementerio municipal de Teorama.

En efecto, nótese que el señor SERRANO advierte que cumplía dos diferentes actividades en el cementerio: por un lado la labor de sepulturero a cargo de la Parroquia San Isidro Labrador y la Diócesis de Ocaña, y por la otra el mantenimiento de las instalaciones en el cementerio, sin que indique directamente si esto fue por convenio verbal con el párroco o con la administración municipal, aunque afirmó en su interrogatorio de parte que por dichos arreglos era remunerado por la tesorería municipal y así se afirma por parte del párroco en la misiva del 13 de julio de 2020.

Por lo que procede la Sala a establecer si existe la prueba de que efectivamente el beneficiario del servicio de sepulturero prestado por el actor

eran la Parroquia y la Diócesis, así como que el municipio fuera el beneficiario de las labores de mantenimiento del cementerio.

a. Respetto de la DIÓCESIS DEL MUNICIPIO DE OCAÑA.

Como primer punto, esta Sala encuentra que la parte actora menciona desde la demanda una correlación necesaria e inescindible entre la Parroquia San Isidro Labrador y la Diócesis de Ocaña, como si se tratara de una sola entidad o una tuviera total dependencia de la otra por la mera designación del sacerdote titular, pero en decisiones anteriores¹ de esta Sala, se ha explicado que el ordenamiento jurídico concede personería jurídica a cada parroquia y por ende existe responsabilidad individual respecto del personal que allí cada sacerdote, como representante legal de la misma, decide necesario contratar para ser cancelado del patrimonio propio que tiene cada parroquia.

Al respecto, se advierte que Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 estableció como derecho fundamental la libertad de cultos y se constituyó como un Estado Laico; derecho que fue desarrollado en la Ley Estatutaria 133 de 1994, norma que surtió control previo de constitucionalidad en la Sentencia C-088 de 1994, y el artículo 11 de esa norma establece que *“El Estado continúa reconociendo personería jurídica de derecho público eclesiástico a la Iglesia Católica y a las entidades erigidas o que se erijan conforme a lo establecido en el inciso 1º del artículo IV del Concordato, aprobado por la Ley 20 de 1974”*, norma esta última que reza: *“El Estado reconoce verdadera y propia personería jurídica a la Iglesia Católica. Igualmente a las Diócesis, Comunidades religiosas y demás entidades eclesiásticas a las que la ley canónica otorga personería jurídica, representadas por su legítima autoridad”*.

Pues bien, en lo correspondiente a la naturaleza jurídica de las parroquias, el Código de Derecho Canónico en el Canon 113 establece: *“La Iglesia Católica y la Sede Apostólica son personas morales por la misma ordenación divina. En la Iglesia, además de personas físicas, hay también personas jurídicas, que son sujetos en derecho canónico de las obligaciones y derechos congruentes con su propia índole”*, seguidamente el Canon 114 indica que *“Se constituyen personas jurídicas, o por la misma prescripción del derecho o por especial concesión de la autoridad competente dada mediante decreto, los conjuntos de personas (corporaciones) o de cosas (fundaciones) ordenados a un fin congruente con la misión de la Iglesia que trasciende el fin de los individuos”*.

El Canon 515 prosigue así: *“La parroquia es una determinada comunidad de fieles constituida de modo estable en la Iglesia particular, cuya cura pastoral, bajo la autoridad del Obispo diocesano, se encomienda a un párroco, como su pastor propio. (..)La parroquia legítimamente erigida tiene personalidad jurídica en virtud del derecho mismo.”* Y esta personería está determinada en cabeza del párroco, pues según el Canon 532 *“El párroco representa a la parroquia en todos los negocios jurídicos, conforme a la norma del derecho; debe cuidar de que los bienes de la parroquia se administren de acuerdo con la norma de los cánones 1281 a 1288”*.

Finalmente, el Canon 1286 señala que *“Los administradores de bienes en los contratos de trabajo y conforme a los principios que enseña la Iglesia, han de observar cuidadosamente también las leyes civiles en materia laboral y social; deben pagar un salario justo y honesto al personal contratado, de manera que éste pueda satisfacer convenientemente las necesidades personales y de los suyos”*.

¹Expediente radicado 54405310300120150020401 (Partida interna 17.772), sentencia del 14 de agosto de 2019.

Sobre la validez de estas normas en el ordenamiento jurídico colombiano, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC13630 de 2015 indicó que *“Las personas jurídicas de derecho público eclesiástico, entonces, son sólo las entidades que forman parte de la estructura unitaria de la Iglesia Católica Romana en el territorio nacional, las cuales gozan de un especial tratamiento legal debido a su influencia histórica, social y cultural en la vida nacional; así como por la existencia del Concordato suscrito entre la República de Colombia y la Santa Sede, tal como lo dispone la citada ley. (...) Una de las consecuencias que derivan del carácter de persona jurídica pública no estatal que ostentan las entidades que conforman la Iglesia Católica, consiste en que los conflictos jurídicos que surgen entre ellas y los particulares se rigen por las normas del derecho privado. (...) Si la existencia de la ley canónica goza de reconocimiento legal, especialmente porque representa la prueba de la constitución de las entidades religiosas, sus fines, régimen de funcionamiento, esquema de organización, jerarquía, responsabilidad de sus agentes, etc.; entonces no resulta admisible afirmar que las normas de la Iglesia que se hallan consagradas en el Código de Derecho Canónico y que regulan esas materias carecen de valor al interior de un proceso civil”*.

Bajo este marco jurídico, es claro para la Sala que un sacerdote como representante legal de una parroquia está facultado en los términos del artículo 32 del C.S.T. para contratar al servicio de dicha comunidad personas naturales que presten los servicios y está en el deber legal de cumplir con las normas laborales del derecho interno, de manera que quien afirme el incumplimiento de este deber está plenamente facultado para reclamar sus derechos laborales, pero respecto del empleador que sería la respectiva parroquia y no el sacerdote.

Por ende, es posible advertir de entrada que ninguno de los hechos imputados a la PARROQUIA SAN ISIDRO LABRADOR implica directamente a la DIOCESIS DE OCAÑA, por ser dos personas jurídicas diferentes e independientes, ante lo cual el análisis de las pruebas sobre prestación de servicios como sepulturero se encaminará exclusivamente sobre la Parroquia; que es el sujeto procesal sobre quien se afirma provienen los hechos alegados de prestación de servicio y subordinación.

b. Respecto del municipio de TEORAMA

Al respecto de este demandado, debe advertirse que sobre la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral para resolver este asunto, por tratarse de una controversia derivada de la aplicación del principio de la primacía de la realidad, y atendiendo a que la demandada es un ente territorial, se afirma que el demandante ejecutaba funciones de mantenimiento en el cementerio municipal, por lo que en principio puede afirmarse de que de demostrarse ello podría identificarse como un trabajador oficial, dado que conforme a los artículos 292 y 293 del decreto 1333 de 1986 solo son trabajadores oficiales de los entes municipales los de construcción y sostenimiento de obras, lo que encaja con la descripción de actividades desplegada, afirmando el actor que realizaba actividades de reparación necesaria, ornamental y diaria en el cementerio, como si se tratara de una obra pública.

Sobre la reglamentación del funcionamiento de los cementerios, la Ley 9 de 1979 señala en su artículo 537 que *“Todos los cementerios requerirán licencia para su funcionamiento”*, indicando el 538 que dicha aprobación incluye la ubicación del cementerio acorde al plan de desarrollo, a las condiciones del terreno, dirección del viento, control de aguas subterráneas, índice demográfico, capacidad de ocupación y dimensión de las bóvedas; siendo deber del Ministerio de Salud fijar las circunstancias de funcionamiento, expedir las disposiciones para su administración.

Esta norma también señala en su artículo 530 que *“Ninguna inhumación podrá realizarse sin la correspondiente licencia expedida por la autoridad competente”* y el artículo 535 dice que *“No se permitirá ninguna exhumación sin la Licencia Sanitaria respectiva expedida por la autoridad competente”*; indica el artículo 531 que *“La licencia para la inhumación será expedida exclusivamente en un cementerio autorizado”* y el 536 que el Ministerio de Salud debe señalar *“los requisitos sanitarios que deberán cumplir los lugares distintos de cementerios autorizados, destinados al depósito permanente de los restos exhumados”*.

Dicha facultad de reglamentación encuentra su expresión más reciente en la Resolución No. 5194 del 10 de diciembre de 2010 expedida por el Ministerio de Protección Social, donde se determina que pueden existir cementerios de naturaleza pública, privada o mixta; el artículo 8° establece que *“Todo cementerio debe contar con un administrador de manera permanente. El representante legal y el administrador serán responsables solidariamente del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la presente resolución”*, mientras el artículo 9° impone que *“El personal de los cementerios debe estar capacitado, entrenado y dotado con los equipos e implementos de protección personal que se requieran para el cumplimiento de sus labores, observando las normas de bioseguridad y salud ocupacional previstas en el Título III de la Ley 09 de 1979 y la Resolución 2400 de 1979 o las normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan”*. Procediendo los artículos siguientes a establecer los requisitos para las actividades de inhumación y exhumación de cadáveres.

El artículo 46 de esta norma establece que *“Los cementerios ubicados en los Municipios clasificados dentro de las categorías 4, 5 y 6, deberán inscribirse ante las autoridades sanitarias departamentales y los cementerios ubicados en los demás Municipios ante las autoridades sanitarias municipales o distritales según el caso, para lo cual deberán seguir el procedimiento señalado por cada entidad territorial”*.

Conforme al citado ordenamiento jurídico, no es admisible el funcionamiento informal de un cementerio pues existe un estricto régimen de vigilancia sobre su actividad, que está en cabeza del Ministerio de Salud y las entidades territoriales; así mismo, existen cementerios de propiedad privada, pública o mixta y deben estar inscritos ante dichas autoridades.

Fluye de lo expuesto que, si el demandante pretendía identificar al Municipio de TEORAMA como su empleador y beneficiario de los servicios de mantenimiento que afirmó haber prestado en el cementerio, estaba en el deber procesal de probar que este era de naturaleza pública y fue creado por el ente territorial demandado; dado que no es una situación susceptible de ser inferida, presumida o supuesta por parte del Juez o la Sala, como reclama el actor en su apelación.

Si bien el apelante afirma que intentó por diferentes medios establecer la situación del cementerio de Teorama pero le fue imposible por irregularidades administrativas, dicha actividad probatoria no fue aportada al plenario para imputar consecuencias desfavorables a la autoridad que evadió resolver adecuadamente dichas peticiones; por lo que no se trata de imputar consecuencias desfavorables al actor por una situación de la que no es responsable, sino que para beneficiarse de la presunción legal en su favor, el demandante tiene la carga mínima de demostrar la prestación de servicios a favor del demandado. Así lo explica la Sala de Casación Laboral en providencia SL20683 de 2017:

“(...) compete a la parte demandante, en virtud del principio de la carga de la prueba, no solo acreditar la prestación de servicios y referir el periodo en el que se ejecutó la actividad en la que soporta sus peticiones, sino,

aportar los elementos de juicio que acrediten tal circunstancia, de modo que la parte accionada cuente con la información suficiente para que, en caso de considerarlo pertinente, contradiga tales afirmaciones en ejercicio de su derecho de defensa. No puede decirse entonces que, ante la falta de fundamento probatorio y la existencia de dudas sobre el tiempo efectivamente laborado, la accionada tenga que asumir las consecuencias jurídicas de la omisión de un deber procesal que no le corresponde, que es lo que, en últimas, pretende el recurrente.”

Revisado el plenario y las pruebas descritas previamente, ninguna petición se aportó para establecer si el actor intentó averiguar directamente ante la Alcaldía Municipal o el Ministerio de Salud sobre la situación del cementerio, o que ejerciera otra clase de investigación sobre la titularidad del terreno ante autoridades de registro como el IGAC, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos o el secretario de planeación; de donde se derivara una prueba que imputara propiedad al Municipio, por el cual inferir directamente la calidad de beneficiario de los servicios alegados.

La única prueba que señala al Municipio de Teorama es el oficio del 13 de julio de 2020 donde el párroco Enrique Pallares refiere que *“es de conocimiento público que sus servicios encaminados al mantenimiento de las instalaciones del cementerio, son remunerados por la Alcaldía municipal”*; de lo cual no puede derivarse suficiencia probatoria, primero por tratarse de una declaración de parte que beneficiaría directamente a uno de los demandados y proviene de ella, y segundo porque no deriva ninguna circunstancia de modo, tiempo y lugar imputable a la Alcaldía de Teorama.

Los testigos si bien indican que el actor ejercía ciertas labores de mantenimiento en la infraestructura del cementerio, advierten que desconocen bajo que modalidad o acuerdo y no tienen conocimiento directo de una relación con la Alcaldía de Teorama.

En consecuencia, no existe prueba suficiente para establecer que los servicios ejecutados por el actor en el cementerio tuvieran como beneficiario bajo alguna modalidad al MUNICIPIO DE TEORAMA, lo que era carga de la prueba del demandante y al no cumplirla, es improcedente aplicar la presunción del artículo 24 del C.S.T. a cargo de dicha demandada.

c. Respecto de la PARROQUIA SAN ISIDRO LABRADOR.

Procediendo a establecer si las pruebas aportadas logran demostrar la prestación de servicio a favor de la PARROQUIA SAN ISIDRO LABRADOR, para aplicar la presunción en favor del actor; sea lo primero resaltar que como con el MUNICIPIO DE TEORAMA, no existe al plenario ningún documento que acredite la titularidad del cementerio a favor de la Parroquia. Sin embargo, se indica en la demanda que la actividad desplegada a favor de este demandado era diferente, pues estaba dirigida a cumplir con las labores de sepulturero bajo órdenes e instrucciones del párroco de turno desde 1972 a 2020, ejecutando inhumaciones y exhumaciones, respecto de lo cual se analizará el caudal probatorio para establecer si esto fue debidamente acreditado.

Respecto del documento suscrito por el Párroco y dos miembros del denominado “Equipo Pro-Cementerio”, donde se acepta que el actor ejerció como sepulturero del cementerio central, pero acto seguido señala que *“sin tener ningún tipo de contrato con la parroquia ni con las administraciones”*; por lo que no es posible derivar de este memorial algún tipo de conclusión favorable al actor, pues no acepta ser el beneficiario de la prestación del servicio. Igualmente en el caso del documento donde responde a carta de terminación del actor, donde el párroco acepta que el actor laboraba como

sepulturero del cementerio, pero niega que lo hiciera por una relación laboral con la parroquia o bajo su intervención.

Cabe recordar que el artículo 250 del C.G.P. señala: *“La prueba que resulte de los documentos públicos y privados **es indivisible** y comprende aun lo meramente enunciativo, siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato”*. Además, la Sala de Casación Laboral ha agregado sobre la valoración de este medio de prueba que la confesión *“es indivisible y **debe aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado**, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe, es decir que lo manifestado debe analizarse de manera integral”*. (Sentencia SL552 de 2019)

Por lo anterior, no asiste razón al apelante cuando reclama que de estos documentos se deriva suficiente prueba para presumir la existencia de la relación laboral, pues las manifestaciones allí señalan que aceptan la labor del actor pero no que ellos sean los beneficiarios. Igualmente rechazan que se radique una supuesta renuncia por negar la calidad de empleador y la Sala no puede valorar como confesión las manifestaciones por no cumplir los requisitos del artículo 191 del C.G.P., de contener una declaración que perjudica a la parte.

Respecto de los documentos de certificados de exhumación, advierte la Sala que de su contenido no se desprende sino una constancia del párroco sobre la ubicación de restos humanos y el propietario de la bóveda; sin que de ellos se derive prueba de una orden para que el señor SERRANO ejecutara labores, o de que este fuera el destinatario de dicha autorización.

Ahora bien, el que los párrocos expidieran estas certificaciones podría ser un elemento indicativo de una facultad de administración sobre las propiedades del Cementerio; sin embargo, los documentos en su mayoría no contienen fecha para lograr una ubicación temporal y la carencia de destinatario impide dar una conexión clara y concreta con la labor del actor.

En cuanto a las declaraciones de los testigos, estima la Sala que los 3 declarantes solo acreditan la labor de sepulturero del actor, lo cual era una situación aceptada por las partes; sin embargo, refieren desconocer la naturaleza de la relación del actor con la Parroquia o la Alcaldía, para que sirvan como elemento determinante de la asignación de la calidad de beneficiarios del servicio.

Se resalta que los 3 testigos, miembros de una misma familia, relataron que solo usaron dos veces en 40 años el servicio del cementerio de Teorama y en dichos casos fue el señor SERRANO quien ejerció de sepulturero; pero al ser consultados sobre el trámite desplegado para contratar esa labor y verificar si fue directamente o a través de la parroquia o alcaldía, estos contestaron que si bien recuerdan haber acudido a ambas entidades, no fueron quienes pagaron el servicio y por lo tanto no conocen como se remuneraba o determinaba la labor del sepulturero, siendo un tercero quien específicamente desplegó dicha actuación.

Sobre la forma de valorar testimonios, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1229 de 2022 explica:

“Respecto de la forma en que debe valorarse la prueba testimonial, los Códigos General del Proceso y Procesal del Trabajo establecen dos reglas en particular: el primero de ellos, en el artículo 221.3, le impone al juez el deber de interrogar a la persona sobre «la razón de la ciencia de su dicho con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento. Si la

declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el juez ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance». Y el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo resalta que, recabados todos los medios de prueba (incluidos los testimonios), el juez debe analizarlos en conjunto y definir si con ellos es posible llegar al convencimiento de los hechos ocurridos. Todo esto «inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes».

Uno de los fines de estas reglas probatorias es el de lograr que los hechos narrados por un testigo y las circunstancias en que ocurrieron, lleguen al conocimiento del juez de la manera más fiel a cómo acontecieron en la realidad y por tanto, impedir que, por el proceso de comunicación a que se encuentra sometida una declaración como la del testigo de oídas, se distorsione esa realidad, puesto que, es evidente que el relato de los hechos que realizará esta clase de declarante, no se referirá a supuestos fácticos respecto de los cuales tuvo conocimiento de manera directa, sino a través de referencia o transmisión que otro hubiere tenido sobre los mismos hechos. Dicho en términos sencillos, un testigo de oídas es aquel que narra lo que otra persona le relata sobre unos hechos y, por lo tanto, lo que puede acreditar, en últimas, es solo la existencia de ese relato.”

Acorde a lo anterior, las manifestaciones de los testigos solo corroboran la labor del actor pero no su destinatario o beneficiario, por lo que estima la Sala que son insuficientes para brindar convicción sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar de la relación laboral reclamada.

Significa lo anterior, que en casos como el presente, el promotor de la litis no cumplió con la debida carga probatoria, puesto que si bien reclama el apelante que está acreditada su labor como sepulturero, no derivaron los elementos de convicción con suficiencia cual de las demandadas era susceptible de identificarse como el beneficiario de dichos servicios; y al ser a éste a quien le corresponde la carga de la prueba, tal y como prevé el artículo 167 del C.G.P., se confirmará la sentencia impugnada que absolvió a la parte demandada.

Finalmente, por no prosperar el recurso de apelación se condenará en costas a la parte demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$100.000 a favor de las demandadas.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 4 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, acorde a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$100.000 a favor de las demandadas.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belén Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente

José Andrés Serrano Mendoza

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Elver Naranjo

ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de julio de 2022.

Secretario

Secretario