

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54001-31-05-001-2019-00076-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19263
JUZGADO: PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: SAMUEL DARIO SILVA PEÑARANDA
ACCIONADO: COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO- ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

San José de Cúcuta, tres (03) de agosto 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 demandada en contra de la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-001-2019-00076-00 y P.T. No. 19263 promovido el señor SAMUEL DARÍO SILVA PEÑARANDA contra LA COMPAÑÍA MINERA CERROTASAJERO, S.A.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante, por intermedio de apoderado judicial pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, el cual fue terminado de manera unilateral por su empleador, COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO, y en consecuencia, se condene a esta a pagar la indemnización por despido injusto consagrada en el artículo 64 del CST, así como aquella consignada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 correspondiente a 180 días de salario, la indemnización moratoria por falta de pago de prestaciones sociales al momento de terminación del contrato de trabajo, la dotación, las horas extra, la diferencia por concepto de liquidación de prestaciones sociales, el pago de la prima de servicios del segundo semestre de 2017 y el primero de 2018 y la indexación de todas estas sumas.

II. HECHOS

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

1. Indicó que inició su vinculación laboral con la pasiva mediante un contrato de trabajo a término fijo el día 26 de noviembre de 2010, calificándose como apto para laborar en su examen de ingreso, para el cargo de obrero de minas y canteras.
2. Que en el último año laborado fue reubicado en el cargo de vigilante del campamento.
3. Que durante el desarrollo de sus funciones, el día 21 de noviembre de 2011 siendo las 1:30 pm sufre su primera contingencia laboral, cuando al dirigirse al frente del inclinado a encender la motobomba wr, se resbala por el suelo al estar liso, presentando dolor y dificultad para caminar.
4. Que el día 27 de julio de 2012 siendo las 3:00 pm, lugar campamento, teniendo el cargo de bombero, se estructura un accidente laboral en virtud de una caída del platón de una volqueta uso de la misma empresa, lesionándose así el brazo derecho.
5. Que el día 09 de marzo de 2017 se le realiza CIRUGÍA DE MANO: SÍNDROME DE TUNEL DEL CARPO DERECHO, BURSITIS DEL HOMBRO IZQUIERDO, enfermedad que es progresiva y está catalogada como de origen laboral.
6. Que el 12 de abril de 2017 se aporta notificación de calificación de origen de enfermedad con el diagnóstico: M519 TRASTORNOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES, no especificado de origen laboral (DICTAMEN n° 5040775), del cual tuvo conocimiento el empleador, realizado por CAFESALUD.
7. El 25 de enero de 2018 se le notifica la terminación de su contrato de trabajo por parte de la empresa alegando el cierre de operaciones.
8. Que el 14 de febrero de 2018 y estando desvinculado, recibe de su EPS MEDIMAS su segundo dictamen de origen de enfermedad con diagnóstico SÍNDROME DE TUNEL CARPIANO BURSITIS DE HOMBRO IZQUIERDO, TENDINITIS DE BOCEPS IZQ todas de origen laboral en su cargo de MINERO, comunicación que fue entregada a su empleador, y que fue controvertida por la ARL POSITIVA y por tanto, enviada a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.
9. Que interpone acción de tutela en contra de su empleadora, la cual fue fallada a su favor por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cúcuta el día 22 de febrero de 2018 y confirmada por el superior el día 25 de mayo de la misma anualidad.
10. Que mediante oficio CMCT 019 18 del 13 de marzo de 2018, la pasiva le notifica que en atención a la orden del juez constitucional de reintegro “no hay donde reubicarlo”.
11. Que el 20 de abril de 2018 su empleador le notifica que para hacer efectiva la orden constitucional de reintegro, debe presentarse

diariamente en las oficinas a firmar asistencia en las horas 8 am, 12:00, 2:00 pm y 6:00 pm.

12. Que interpone derecho de petición y acción de tutela frente a la JUNTA REGIONAL DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER para que el médico ponente realice su labor de calificación de pérdida de capacidad laboral.
13. Que recibe notificación de terminación de contrato unilateral el día 31 de octubre de 2018 alegando “el cierre de la mina por más de 120 días y la no explotación de la misma desde el mes de junio de 2016”, despido este que ocurre dentro de la vigencia de una incapacidad y sin permiso del Ministerio de Trabajo.
14. Que no le dieron la dotación necesaria para el desarrollo de sus labores por todo el tiempo que duró la relación laboral.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

Una vez notificada de la demanda presentada en su contra, la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO, S.A. dio contestación a la misma, aceptando la existencia de un contrato de trabajo a término fijo con el actor, desde el 02 de julio de 2013, modalidad que fue modificada de común acuerdo el 21 de marzo de 2014, mutando a uno de duración indefinida; que para el año 2010 el actor se encontraba vinculado a través de la empresa temporal CONSERVICIOS y que en noviembre de 2011, el empleador del demandante era PERTEMCO, prestando ambas el servicio de suministro de personal para CERRO TASAJERO.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR UNA CAUSAL OBJETIVA CONSISTENTE EN EL CIERRE DE LA MINA POR MÁS DE 120 DÍAS, NO EXISTIR NEXO CAUSAL ENTRE LAS PATOLOGÍAS QUE MANIFIESTA TENER EL TRABAJADOR Y LA CAUSA DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO, NO ESTAR EL DEMANDANTE AL MOMENTO DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA O CON FUERO DE SALUD, PAGO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO, NO HABER LABORADO EL DEMANDANTE CON COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. ANTES DEL 2 DE JULIO DE 2013, HABER SUFRIDO ACCIDENTES DE TRABAJO NO SIENDO TRABAJADOR DE COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., NO APORTAR LA PRUEBA DE LAS ÓRDENES DEL EMPLEADOR PARA TRABAJAR HORAS EXTRA O TRABAJO SUPLEMENTARIO Y VIVIR EN EL SITIO DE TRABAJO, PRESCRIPCIÓN Y LA GENÉRICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO CÚCUTA, en sentencia de fecha 15 de diciembre de 2020 resolvió **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a entre el demandante y la empresa demandada, desde el 02 de julio de 2013 y hasta el 31 de septiembre de 2013 (sic), condenando a la demandada a lo siguiente:

2) ORDENAR: A LA DEMANDADA A RECONOCER Y PAGAR A FAVOR DEL DEMANDANTE A TÍTULO DE INDEMNIZACIÓN LA SUMA DE \$4.687.452.

3) ORDENAR: A LA DEMANDADA A RECONOCER Y PAGAR A FAVOR DEL DEMANDANTE A TÍTULO DE INDEMNIZACIÓN LA SUMA \$2.994.761.

4) ORDENAR: A LA DEMANDADA A RECONOCER Y PAGAR A FAVOR DEL DEMANDANTE POR DOTACIÓN NO SUMINISTRADA LA SUMA DE \$2.211.000.

Para resolver lo anterior, argumentó, en primer lugar, que de las pruebas aportadas al proceso, se evidencia que el demandante estuvo vinculado como trabajador en misión a Cerro Tasajero, enviado por PERTENCO, y solo hasta el 2 de julio de 2013 se vinculó directamente por la pasiva, declarando la existencia del contrato de trabajo a partir de esta fecha, y hasta el 31 de septiembre de 2018 (fecha que se transcribió erróneamente en la parte resolutive de la sentencia), cuando finalmente fue despedido, con posterioridad a su reintegro por la orden de tutela.

Frente a la forma de terminación del contrato de trabajo declarado, indicó que la suspensión de las actividades de la mina por parte de la autoridad competente, causal esta que alega la pasiva como objetiva para la finalización de la relación laboral, únicamente fueron autorizadas por 120 días, hasta el 27 de enero de 2017, y al haberse finiquitado el vínculo analizado el enero de 2018, dicho plazo de suspensión ya había vencido.

En ese entendido, se tiene que el despido del trabajador fue injusto, y por tanto procede el pago de la indemnización a su favor.

Igualmente afirmó el A quo que el señor Silva Peñaranda, al momento de su finiquito, ya había sido calificado con varias patologías de origen laboral y que estaba en proceso de calificación definitiva de su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, de lo cual tenía conocimiento la empresa y por tanto procedió a condenarla del pago de la indemnización contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

V. RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDADA

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado del demandada interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que el demandante no se accidentó trabajando para la Compañía Minera Cerro Tasajero sino para empresas como Pertenco y Conservicios, y por esta razón la pasiva no contaba con el soporte de la documentación correspondiente; que se debe tener en cuenta que a la terminación del contrato de trabajo el trabajador no contaba con la protección constitucional que le había otorgado la tutela, por cuánto no ejerció su derecho a demandar a la empresa durante los cuatro meses que le fueron otorgados.

Con respecto a la dotación, indicó que aquellas de los años 2013, 2014 y 2015 ya se encuentran prescritas conforme a la fecha de presentación de la demanda.

Alegó que se debe tener en cuenta que al momento en que compañía minera cerro tasajero terminó el contrato de trabajo del demandante, pagó sus prestaciones sociales causadas hasta dicha fecha, así como la indemnización correspondiente a la terminación del contrato de trabajo; que si bien es cierto no se aporta la liquidación, también se puede deducir que la consignación del valor que se consigna sobrepasa el costo de las prestaciones sociales del trabajador;

Reiteró que se debe tener en cuenta que existe la consignación de la indemnización debida y que el trabajador al momento de la terminación del contrato de trabajo no contaba con una calificación de pérdida de capacidad laboral como la que se allegó posteriormente, emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez donde se le otorga una PCL 19.50% con una fecha de estructuración de 27 de abril del 2019, diagnóstico M519 de origen laboral; que frente a esto, se trae esto a colación que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en su Sala Laboral con Magistrada Ponente la Dra. Nidiam Belén Quintero, radicado interno 17990, demandante Ramón Ortega, demandado Cooprocacegua en su consideraciones manifestó *“concluyendo allí la Junta que había que una pérdida de capacidad laboral del 21.50% pero con fecha pero, pero con fecha de estructuración del 8 de febrero de 2017, razón que le sirve al juez ad-quo para establecer que aunque existiera el porcentaje exigido por la norma eso demuestra que él mismo estuviera vigente para la fecha de terminación en diciembre de 2015”* y por tanto, en el presente caso, para la fecha en que fue terminado el contrato de trabajo, el trabajador no se encontraba incapacitado, ni con la protección de la tutela que con posterioridad había ordenado el reintegro.

VI. ALEGATOS 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:

- 1. PARTE DEMANDADA.** En sus alegaciones finales, la parte manifestó que el demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo no se encontraba bajo ninguna protección tutelar, y no tenía condición de debilidad manifiesta. Que quedó plenamente demostrado que el demandante no sufrió ningún accidente laboral siendo trabajador de CERRO TASAJERO, ya que era trabajador de Pertemco.

Indicó que se pagaron las obligaciones pendientes al actor, y fueron consignadas mediante título judicial y que por reparto le correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.

Surtida la etapa para el efecto, sin que sin que la activa ejerciera su derecho a presentar alegaciones finales, se procede a resolver el recurso de apelación, con fundamento en las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

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

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar lo siguiente:

1. Si el señor SAMUEL DARIÓ SILVA PEÑARANDA, al momento de terminación de su contrato de trabajo por parte de su empleadora, la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO, S.A., gozaba de la protección especial de estabilidad laboral reforzada en virtud de su deteriorado estado de salud y se dan las condiciones para establecer que su despido se dio con ocasión de su patología y por tanto es procedente, conforme se solicita, el pago de la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a que fuera condenado por el Juez A quo?
2. Es procedente descontar, de la condena impuesta por concepto de indemnización de despido sin justa causa, el monto que le fue consignado al actor el día 02 de noviembre de 2018?
3. Determinar si la dotación a que fue condenada la empresa se

encuentra afectada por el fenómeno prescriptivo

Aclara la Sala que no existe discusión en esta instancia acerca de la existencia de un contrato de trabajo entre el señor SAMUEL DARIÓ SILVA PEÑARANDA y la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO, S.A., desde el día 02 de julio de 2013 y el 31 de septiembre de 2018, lo cual fue declarado por el A quo en su sentencia y no fue motivo de reproche por alguna de las partes.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

La parte demandante pretende el pago de la indemnización por haber sido despedido encontrándose en una condición de salud vulnerable y no solicitarse el permiso para despedir de la autoridad correspondiente, con fundamento en el art. 26 de la Ley 361 de 1997; razón por la cual nos remitimos a ésta norma, que dispone *“ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”*, y en el inciso segundo señala que si se despide a una persona sin el cumplimiento de este requisito, se debe reconocer *“una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar (...)”*.

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

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

Ahora bien, sobre el correcto entendimiento del art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Radicado No. 32532 expedida el 15 de Julio de 2008 con Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, fijó como parámetro de decisión que esa ley ampara a *“las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5”* por lo que ***“aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo”*** y adoptando como precedentes los parámetros contenidos en decretos reglamentarios de dicha ley, recuerda que *“la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida*

*de la capacidad labora y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%.” Concluyendo que “la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, **todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada**”.*

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

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

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

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

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

Conclusión que ha sido reiterada recientemente en providencia SL761 de 2019, donde la Corte concluye que *“el Tribunal no incurrió en error jurídico al*

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO- ELEMENTOS PROBATORIOS-

Revisando el acervo probatorio aportado a los autos, observa la Sala los siguientes elementos relevantes relacionados con la contratación realizada al señor SILVA PEÑARANDA por parte de CERRO TASAJERO, así como con su estado de salud:

- A folio 56 se allega una comunicación enviada por CONSERVICIOS, S.A. a la CIA MINERA CERRO TASAJERO el día 26 de noviembre de 2010, en la cual presentan al señor SAMUEL DARÍO SILVA PEÑARANDA “quien iniciará labores como trabajador en misión en el cargo OFICIOS VARIOS EN MINERÍA (LAS TALAS) a partir del día 29 de noviembre de 2010 y hasta nueva orden”.
- A folio 80 se allega informe de accidente de trabajo sufrido por el actor el día 21 de noviembre de 2011 y según el cual la empresa PERTEMCO es su empleadora, narrándose que “el señor Samuel Silva se dirigía al frente del inclinado a encender la motobomba cuando se resbaló poniendo todo su peso sobre la pierna derecha.
- A folio 82 se observa historia clínica del demandante por consulta de fecha 23 de noviembre de 2011, según la cual el “paciente ingresa por CC de aprox 2 días (lunes 21 noviembre a las 11+30 pm) de evolución caracterizado por trauma en cadera secundario a caída desde su propia altura en el lugar de trabajo refiere dolor en tejidos. No limitación funcional, niega otro traumatismo o sintomatología”.
- A folio 83 se encuentra el FORMATO INFORME ENFERMEDAD LABORAL proferido por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A., según el cual el demandante cuenta con el diagnóstico de m519- OTROS TRASTORNOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRLES, con fecha de dictamen 10 de abril de 2017.
- A folios 85 a 89 se allega la historia clínica del actor, por ingresos el 01 de enero de 2017, por “dolor cervical” y el 28 de febrero de 2017 por dolor en el hombro.
- A folio 90 se observa la lectura de una ultrasonografía articular del hombro, con conclusión “bursitis hombro izquierdo- tendinosis bíceps y supraespinoso izquierdo”.

- A folio 91 se allega historia clínica por ingreso el 07 de abril de 2017 con diagnósticos “trastorno de disco lumbar con discopatía (m511), síndrome de túnel del carpo (G560) y bursitis del hombro (M755)”.
- A folios 93 y 94 se observa comunicación enviada por CAFESALUD a la empresa COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO, S.A., de fecha 11 de enero de 2017 en la cual le manifiestan: “teniendo en cuenta que desde el 01 de noviembre de 2016 se le solicitó allegar los documentos necesarios para calificar el origen del evento padecido por su colaborador sin que a la fecha haya cumplido con esa obligación, solicitamos por última vez se sirva aportarlos en el término de 10 días hábiles (...).
- A folio 96 se encuentra una comunicación enviada por CAFESALUD al señor SILVA PEÑARANDA el 12 de abril de 2017, en la cual le informan que “de acuerdo a la calificación adelantada por el equipo interdisciplinario de Medicina Laboral, previa revisión de los documentos aportados para el caso del señor SAMUEL DARÍO SILVA PEÑARANDA, se determinó el diagnóstico M519 TRASTORNOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES, NO ESPECIFICADO, de origen LABORAL, y a folios seguidos se allega el dictamen correspondiente, N°5040775 del 10 de abril de 2017.
- A folios 106 a108 se lee el formulario de dictamen para determinación de origen de accidente proferido por MEDIMAS EPS el 13 de febrero de 2018, con un diagnóstico de “G650 SÍNDROME DEL TUNEL CARPIANO, M755 BURSITIS DEL HOMBRO IZQUIERDO- M752 TENDINITIS DE BICEPS IZQUIERDO”, todas de origen laboral, con fecha de evento marzo de 2017.
- A folio 10 se observa comunicación enviada por CERRO TASAJERO al actor el día 25 de enero de 2018, en la cual le informan “que ante el cierre de operaciones de la mina en donde usted prestaba sus servicios, desde el mes de junio de 2016 y ante la imposibilidad de abrir operaciones, que nos permiten seguir cumpliendo con nuestras operaciones, en especial pagando los sueldos del personal como hasta ahora lo venimos realizando. Por tal razón y ante la imposibilidad de seguir cumpliendo con nuestras obligaciones laborales, es por lo que le informamos que damos por terminado su contrato de trabajo a partir del próximo 31 de enero de 2018”.
- A folio 126 se allega comunicación enviada por la pasiva al demandante, en la cual le indican que “atendiendo el fallo de tutela (...) me permito convocarlo a presentarse en la oficina de la empresa, a partir del día 13 de marzo de 2018. E la mina no hay operaciones mineras por lo tanto no hay donde reubicarlo”.
- A folio 144 se muestra una entrega de incapacidad del actor a la empresa por 15 días a partir del 07 de enero de 2018 y a folio143 se aporta una comunicación de incapacidad por 15 días enviada por el trabajador a la empleadora, a partir del 22 de enero de 2018.
- A folio 157 se aporta la terminación del contrato de trabajo del actor por parte de CERRO TASAJERO a partir del 1 de octubre de 2018.
- A folio 162 se allega el reporte de incapacidades temporales liquidadas a favor del señor SILVA PEÑARANDA, las cuales inician en julio de

2017 y se otorgan, aproximadamente, de manera mensual, durante 15 días en el 2017 y hasta abril de 2018.

Posteriormente, mediante comunicación de fecha 09 de diciembre de 2020, la parte demandante aportó comunicación de dictamen del señor SAMUEL DARÍO SILVA PEÑARANDA, enviada a la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO, S.A., en la cual informan que mediante dictamen N°13196914-29253, fue calificado el actor con un 19.50% de PCL con fecha de estructuración 27 de abril de 2019, por el diagnóstico M519 de origen laboral, sin que se aportara dicho dictamen al proceso.

Por su parte, la demandada aportó los siguientes documentos:

- A folio 175 se observa depósito judicial realizado a favor del trabajador por CERRO TASAJERO el día 02 de noviembre de 2018 de la suma de \$8.140.174 por concepto de prestaciones sociales.
- A folio 180 se encuentra una comunicación enviada por CERRO TASAJERO al demandante, en la cual le informan que “el dinero de las prestaciones sociales e indemnización fueron consignados a nombre del juzgado primero laboral de Cúcuta el día 2 de noviembre de los presentes”.
- A folios 182 a 185 se allega la autorización otorgada a CERRO TASAJERO por parte de la Agencia Nacional de Minería de la suspensión temporal de actividades de explotación, dentro del contrato de concesión N°267-95, por el término de 6 meses, contados a partir del 28 de julio de 2016 y hasta el 27 de enero de 2017.

RESOLUCIÓN PROBLEMA JURÍDICO

De lo anterior, surge evidente que el actor venía sufriendo de sus dolencias lumbares desde el año 2017, habiendo sufrido un accidente laboral en el año 2011, el cual ocurrió en las instalaciones de la empresa demandada, siendo diagnosticado en una primera oportunidad con “OTROS TRASTORNOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRLES” el día 10 de abril de 2017, mediante la Calificación de Origen emitida por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A el 10 de abril de 2017, siendo incapacitado en diversas ocasiones durante los años 2017 y 2018, decidiendo el empleador terminar unilateralmente su contrato de trabajo el día 31 de enero de 2018, mediante comunicación de fecha 25 de enero de la misma anualidad.

Del análisis de la documental médica aportada, es un hecho indiscutible que a la fecha de rompimiento unilateral por parte del empleador del contrato de trabajo, el actor no contaba con un dictamen de calificación de su pérdida de capacidad laboral, lo cual de suyo no implica la desestimación de las pretensiones de la demanda, encaminadas a salvaguardar su derecho a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, pues a juicio de la Sala tal imposición resulta completamente desproporcionada e irrazonable pues por diferentes circunstancias que no pueden ser achacadas al trabajador, en el momento de fulminación del vínculo, el pertinente proceso de calificación de

sus patologías puede encontrarse en trámite o ni siquiera se ha iniciado a través de las entidades competentes; luego nada impide, que con posterioridad al despido e incluso en el trámite del correspondiente proceso judicial, se practique el mentado dictamen de PCL, para verificar si al instante de la terminación del contrato el actor estaba revestido por dicha garantía, elemento que deberá ser valorado por el Juzgador de instancia para establecer la procedencia de la aludida protección.

Igualmente, considera la Sala, que si practicado el pertinente dictamen de pérdida de capacidad laboral, se establece como fecha de estructuración de la misma, una calenda **posterior** al rompimiento del contrato de trabajo, tal circunstancia por sí misma no descarta la posibilidad de que el juzgador con cimiento en el porcentaje otorgado y a la naturaleza, complejidad y gravedad de los padecimientos del demandante, razonablemente pueda establecer, conforme al material médico allegado, que en el instante en que el empleador decidió extinguir la relación laboral, el trabajador estaba revestido por el fuero de ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, al **ostentar una disminución de sus funciones moderada o severa**, pues como lo ha explicado al respecto la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos el Juez Laboral tiene libertad probatoria para establecer tal aspecto, ya que “lo importante es que el trabajador padezca una situación de discapacidad en un **grado significativo** debidamente conocido por el empleador”.

Entonces, de las pruebas aportadas al proceso, menester resulta afirmar que el actor no logró probar que al momento de la terminación de su vínculo laboral por parte de su empleador, contara con una disminución de sus funciones en un nivel a lo menos moderado, producto de las patologías que le fueron diagnosticadas en los dictámenes médicos anteriormente mencionados, y que por tanto, ostentara una discapacidad en un grado significativo que le obstaculizara o dificultara el ejercicio de sus actividades laborales.

Lo anterior, dado que, y si bien de la historia clínica aportada, se puede evidenciar que el trabajador venía sufriendo de dolores lumbares desde el año 2017, y posteriormente del túnel del carpo y bursitis de hombro, no se encuentra material probatorio suficiente que permita evidenciar dicho grado de discapacidad moderado necesario para ser acreedor de la estabilidad laboral solicitada, pues no obstante acreditarse dentro del plenario que el actor fue calificado por la Junta Nacional de Invalidez con un 19.50% de PCL con el diagnóstico M519, conforme a la comunicación allegada de fecha 09 de diciembre de 2020, el aludido dictamen no fue allegado a los diligenciamientos con el fin de valorar la evolución, diagnósticos y la existencia de otras dolencias generadoras de la aludida Pérdida de Capacidad Laboral.

En efecto, advierte la Sala, que en la aludida comunicación se señala que la fecha de estructuración de la PCL del actor es el día 27 de Abril del año 2019, **es decir un año y 3 meses después de la fecha del rompimiento del vínculo laboral**, desconociéndose por parte de la Sala, ante la ausencia del aludido dictamen, si la evolución de la patología durante dicho interregno

guarda estrecha relación con el padecimiento sufrido en vigencia del vínculo laboral o si durante dicho periodo surgieron otras complicaciones o patologías que no guardaban relación alguna con las dolencias que se presentaban en vigencia de la relación laboral, como para aventurarse la Sala a concluir, sin la valoración de la pertinente experticia científica que a la fecha del despido (31 de Enero del año 2018) el trabajador ostentaba una Pérdida de Capacidad Laboral al 15% requerido para la activación del fenómeno de la Estabilidad Laboral Reforzada.

Igualmente, al revisar lo alegado por la COMPAÑÍA MINERA CERROTASAJERO respecto de las razones del despido del señor SILVA PEÑARANDA, observa la Sala que estas se relacionan con el cese de operaciones de la mina, respecto de la extracción de carbón, actividad comercial principal de la misma, situación está que fue confirmada por la señora Claudia Patricia Laguado Carrillo, testigo traída a juicio por el demandante, quien afirmó que en junio de 2016 se retiró la mayoría de personal porque no había operaciones; así mismo, al preguntársele a la testigo por el horario de trabajo del señor SAMUEL, indicó que él se rotaba con el señor BERNARDO VELÉZ 14 días, salían y luego volvían, ya que “ellos estaban solos los dos allá en mina porque pues no había operación”, afirmando igualmente que en el año 2016 la mina había dejado de producir carbón.

Soporte de lo anterior constituye también el hecho de que, al ser reintegrado, el señor SILVA PEÑARANDA en marzo de 2018 por orden judicial, la empresa le manifestó que en la mina no había operaciones y por tanto no había dónde reubicarlo, por lo que le indicaron que debía presentarse en las oficinas de la compañía diariamente a firmar su asistencia, a las 8:00 am, a las 12:00 m, a las 2:00 pm y a las 6:00 pm, sin desarrollar ninguna clase de actividad al servicio de la demandada.

En este entendido, no se evidencia la existencia de un nexo causal entre el estado de salud del trabajador y la terminación posterior de su contrato de trabajo por parte de la empresa empleadora **el día 31 de Octubre de 2018**, fecha para la cual ya había desaparecido el amparo transitorio otorgado por el Juez constitucional ante la omisión por parte del trabajador de interponer la pertinente demanda ordinaria laboral, dentro del plazo de 4 meses concedido por el Juez de tutela, no quedando camino diferente para la Sala que REVOCAR en este sentido la sentencia apelada, y en su lugar, absolver a la COMPAÑÍA MINERA CERROTASAJERO del pago de la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO- DESCUENTO

Ahora bien, alega la pasiva en su recurso de apelación que de la condena impuesta por el A quo de pago a favor del actor de la indemnización por despido injusto, debe descontarse el monto que le fue consignado mediante depósito judicial el día 02 de noviembre de 2018, ya que en el total transferido, es decir la suma \$8.140.174, se encontraba incluida la cancelación de dicha

indemnización; sin embargo, es evidente que no lo solicitado no es procedente ya que en el recibo de consignación se especifica que corresponde a un pago “por concepto de prestaciones sociales”; igualmente, a folio 180 se encuentra una comunicación enviada por CERRO TASAJERO al demandante, en la cual le informan que “el dinero de las prestaciones sociales e indemnización fueron consignados a nombre del juzgado primero laboral de Cúcuta el día 2 de noviembre de los presentes”, sin que sea aportada la liquidación correspondiente, con el fin de evidenciar que en efecto, dicha indemnización fue correctamente calculada y cancelada.

PRESCRIPCIÓN DE DOTACIÓN

Por último, alega la parte demandante que la dotación correspondiente a los años 2013, 2014 y 2015 ya se encuentran prescritas conforme a la fecha de presentación de la demanda, asistiéndole razón dado que la sentencia fue presentada el 05 de febrero de 2019, encontrándose afectadas por el fenómeno extintivo, aquellas causadas con anterioridad al 05 de febrero de 2016, por lo que en observancia del artículo 232 CST, debe condenarse a la pasiva al pago de 3 dotaciones correspondientes al año 2016, 3 de la anualidad de 2017 y 2 del año 2018, para un total de \$885.000, teniendo en cuenta el informe del perito evaluador visto a folio 290 del expediente, debiéndose MODIFICAR en este sentido el numeral cuarto de la sentencia apelada, debiéndose revocar además, el numeral sexto de la sentencia apelada y en su lugar declarar probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, respecto de la dotación.

Se CONFIRMARÁ en todo lo demás la sentencia apelada y no se condenará en costas en esta instancia por cuanto las resultas del recurso desatado fueron favorables para el apelante.

Sin 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 y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 15 de diciembre de 2020 y en su lugar ABSOLVER a la COMPAÑÍA MINERA CERROTASAJERO del pago de la sanción consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

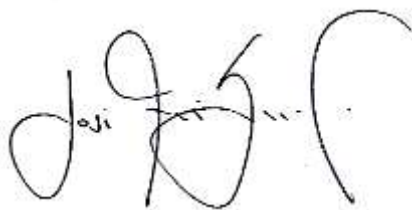
SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL CUARTO de la sentencia apelada en el sentido de condenar a la COMPAÑÍA MINERA CERROTASAJERO al pago de la dotación a favor del señor SAMUEL DARÍO SILVA PEÑARANDA en un monto de \$885.000.

TERCERO: REVOCAR EL NUMERAL SEXTO de la sentencia apelada y en su lugar declarar probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, respecto de la dotación, conforme a las consideraciones expuestas.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Primero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54001-31-05-001-2019-00471-00.

Partida Tribunal: 19683

Demandante: DORIS FERNANDEZ CANTOR

Demandada(o): COLPENSIONES / AFP PORVENIR

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, tres (3) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a surtir el grado jurisdiccional de consulta y resolver los recursos de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas y el Grado Jurisdiccional de Consulta, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado 54001-31-05-001-2019-00471-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19683 promovido por la señora DORIS FERNANDEZ CANTOR contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, S.A. y AFP PORVENIR S.A.

I. ANTECEDENTES

La demandante DORIS FERNANDEZ CANTOR demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene a el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

II. HECHOS

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

Que nació el 15 de octubre de 1962 y ha cotizado para el Sistema General de Pensiones 1.463 semanas. Que ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el día 03 de agosto de 1990, cotizando aportes ante extinto el CAJANAL. Que el día 30 de junio de 1995 realizó traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE, hoy PORVENIR, sin recibir información de los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro. FOLIO 30.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

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

Como excepciones de fondo propuso las que denominó BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, COBRO DE LO NO DEBIDO POR FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA SU RECLAMACION, LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SUGERIR UN JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, MPOSIBILIDAD DE VOLVER AL ESTADO MISMO DE LAS COSAS POR HABER UN HECHO CONSUMADO, PRESCRIPCIÓN, INNOMINADA O GENÉRICA.

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

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

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 30 de noviembre del 2021, resolvió lo siguiente:

1) DECRETAR: LA NULIDAD E INEFICACIA DEL TRASLADO AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL QUE LA DEMANDANTE HIZO EN JUNIO DE 1995 A LA AFP PORVENIR S.A., CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN.

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

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

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

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

6) COSTAS: A CARGO DE LAS PARTES DEMANDADAS Y VENCIDAS EN JUICIO, EN ESTA INSTANCIA COPIESE NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a la afiliada al momento de su

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

V. RECURSOS DE APELACIÓN

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

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

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

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

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

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

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

PROVENIR S.A. ratificó lo dicho en el recurso y la contestación de la demanda, alega que a la fecha del traslado no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal. Que la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley, cuando el afiliado firmó el formulario de traslado. Que la administradora informó por diferentes medios de comunicación a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y el demandante no hizo uso de ese legítimo derecho. *Nadie puede alegar su propia torpeza.* Que no es procedente condenar a la devolución de los gastos de administración cuando fue la misma Ley la que concedió la posibilidad de destinar del total del monto de aportes realizados al sistema el 3% para gastos de administración, y por ser estos, su remuneración, pues de admitirse tal posibilidad sin ninguna compensación al respecto, se estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor del sistema, quien es el que se ve beneficiado con tal situación, pues además de los rendimientos generados por la administradora, se están reintegrando con el patrimonio de la sociedad administradora de pensiones del régimen de ahorro individual los gastos de administración, dineros estos que fueron invertidos por la sociedad para garantizar la rentabilidad de los aportes que realizó el afiliado durante el lapso que estuvo en el régimen de ahorro individual. Por último, manifestó no estar conforme con la condena en costas.

COLPENSIONES ratificó lo dicho en su defensa, sostiene que el traslado efectuado al RAIS, tiene plena validez y la información recibida por el fondo para trasladarse del RPMPD administrado anteriormente por LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL MUNICIPAL, desde el año 1990, hacía HORIZONTE hoy PORVENIR en el mes de junio de 1995, fue libre de vicios sumado a ello no es procedente el traslado de régimen por cuanto la demandante se encuentra dentro del rango de edad para jubilarse, puesto que ya cumplió la edad requerida para pensionarse, en virtud a que nació el 15 de octubre de 1962 y a la fecha de admisión de la demanda, ya contaba con 57 años de edad, motivo por el cual no es posible para COLPENSIONES aceptar el traslado de la demandante.

Asegura que no es posible un retorno de aportes, toda vez que la demandante nunca ha estado afiliada al ISS hoy COLPENSIONES, en virtud a lo que arroja la Historia laboral y el aplicativo de afiliaciones, ya que estuvo primeramente afiliada a LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL MUNICIPAL, por esta razón, COLPENSIONES, no tuvo ninguna intervención al momento de brindar información al hoy demandante, quien fue de manera libre y voluntaria, quien tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para

obtener su derecho a la pensión; y quedándose finalmente afiliada a este régimen pensional.

Reitera que la excepción de prescripción y se opone a la condena en costas procesales.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, el **Problema Jurídico** a resolver se reduce a establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante DORIS FERNANDEZ CANTOR en el año 1995 desde el RPMPD, al RAIS HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, para las Administradora de Fondos de Pensiones demandadas.

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. Y si es procedente en esta instancia, analizar la condena en costas procesales.

Análisis probatorio.

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

Solución al primer problema jurídico.

En este asunto no existe discusión en que: (i) la señora DORIS FERNANDEZ CANTOR nació el 15 de octubre de 1962; (ii) que antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones introducido por la Ley 100 de 1993, venía realizando cotizaciones a la Caja de Previsión Municipal de Cúcuta, por

los servicios prestados a dicho ente territorial (desde el 3 de agosto de 1990 hasta el 30 de junio de 1995); y, (iii) que se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de HORIZONTE S.A., desde el 30 de junio de 1995.

Cabe precisar, que desde la entrada en vigencia del sistema de seguridad social en pensiones, los servidores de los entes territoriales, vinculados a las cajas de previsión, a partir del 30 de junio de 1995 y conforme a los Decretos 348 de 1995 y 1642 y artículos 2 y 3 del Decreto 1068 de ese mismo año, podían seleccionar el RPMD del entonces ISS hoy Colpensiones o el RAIS, administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones, salvo que ya estuvieran afiliados a aquel, caso en el que podían continuar, sin que fuera «necesario el diligenciamiento de formulario o comunicación alguna».

Es decir, que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resultó afiliada automáticamente al RPMPD, por pertenecer a la Caja de Previsión Municipal de Cúcuta, siendo ésta su primera selección, así se colige de la interpretación de los artículos 52 y 28 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el mencionado régimen.

De lo anterior deviene que contrario a lo señalado por COLPENSIONES, en el presente evento, la actora sí estuvo afiliada al RPMPD régimen que hoy es administrado por la misma entidad y luego, se trasladó al RAIS Administrado por HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR el 30 de junio de 1995, ya que aquella con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones introducido por la Ley 100 de 1993, venía afiliada a la Caja de Previsión Municipal.

Aclarado lo anterior, se hace preciso indicar que la demandante alega que el traslado efectuado el 30 de junio de 1995 al RAIS-HORIZONTE S.A. no fue suficientemente informado, ya que los asesores de la administradora comunicaron información errada y engañosa, al manifestar que tendrían mejores mesadas pensionales y que podía pensionarse antes que en el otro régimen.

Respecto al deber de información, se equivoca el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., cuando señala que para el año 1995 no existía una norma que reglamentara la obligación respectiva, puesto que los Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 se consagran disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal, además, la sentencia de la CSL SL1452-20019 realiza un recuento sobre la evolución normativa del deber de

información a cargo de las administradoras, es decir, este argumento no es válido para exonerarse de la responsabilidad.

En tal sentido, la sola suscripción del formulario de afiliación, acompañado de la exposición de las ventajas del régimen de ahorro individual, no resultan suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues 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.

Luego entonces, 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.

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

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que el afiliado recibió la información adecuada, suficiente y cierta sobre su traslado, bajo el entendido de que las mencionadas entidades

fueron creadas para cumplir un servicio público como lo es la seguridad social, con conocimientos y experiencia que resultan confiables a los ciudadanos quienes les entregan sus ahorros para la previsión a su vejez, invalidez o muerte.

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

Ahora bien, en lo que hace a la carga de la prueba en los casos de ineficacia del traslado de régimen pensional, corresponde a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones del RAIS, demostrar la diligencia, cuidado y buena fe en el cumplimiento del deber de información a su cargo, así como su acreditación. Y entonces, según lo expuesto, se encuentra en cabeza del fondo de pensiones la obligación de controvertir la declaración de ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que, en su libelo introductorio, la señora DORIS FERNANDEZ CANTOR afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

Caso concreto.

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

«Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado

que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (SL1688-2019).

Así las cosas, se tiene que la demandante DORIS FERNANDEZ CANTOR desde el 03 de agosto de 1990 fue afiliada a la Caja de Previsión Social Municipal de Cúcuta-RPMPD, hasta el mes de junio de 1995, posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual desde el mes de junio de 1995 a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS HORIZONTE, actualmente se encuentra en el FONDO de PENSIONES PORVENIR S.A.

Este hecho que se acredita mediante el formulario visto a folio 30 del expediente digital de la contestación de la demanda por parte de la demandada, el cual fue suscrito por la demandante, dejándose plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que *“hago constar que la selección del redimen de Ahorro Individual con Solidaridad- lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. manifiesto que he elegido a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías HORIZONTE S.A. para que administre mis aportes pensionales...”*, circunstancia que no demuestra la obligación de la AFP analizada en renglones anteriores, pues la información y la libre escogencia, no se trata de diligenciar un formato ni adherirse a una cláusula genérica, *“sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”.* (ver sentencia SL19447-2017).

Así las cosas, afirmaciones tales que señala el formulario de folio 30, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público.

En conclusión, HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las

ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular de la demandante, de tal suerte que las afirmaciones contenidas en el formulario No.512763 allegado, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público.

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

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

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

En ese contexto, no es dable argumentar, como lo exponen las demandadas, que existió una decisión informada por parte de la afiliada para trasladarse de régimen, exigencia que de ninguna manera puede considerarse satisfecha con el simple diligenciamiento del formato diseñado por la entidad para tales efectos con la correspondiente firma de la trabajadora, omisión que conduce inexorablemente a la declaratoria de ineficacia del traslado, como de manera pacífica lo ha adocinado esta Sala, entre otras, en la sentencia SL17595-2017.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo a la demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una

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

Montos a restituir

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR, incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante **en el mes de junio de 1995**, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR ., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital

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

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

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PORVENIR S.A. las cosas deben retrotraerse, como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas. Por lo tanto, se ratificará en su totalidad los ordinales tercero y cuarto de la sentencia apelada y consultada.

Por último y a pesar de no ser objeto de los recursos de apelación, la **excepción de prescripción formulada por las demandadas**, no opera en estos asuntos, ya que la condición de afiliado y, por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas. En virtud a lo anterior, la decisión proferida por el Juez A quo deberá ser confirmada.

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, por lo que, al resultar esta entidad vencida en juicio, es procedente la condena impuesta por el A quo, debiéndose CONFIRMAR la misma.

VIII. DECISIÓN DE LA SALA

Por las motivaciones expuestas en esta providencia queda resuelto el problema jurídico planteado en forma desfavorable a los recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en consecuencia, se **CONFIRMARÁ** en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 30 de noviembre de 2021.

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

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

IX. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 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 DORIS FERNANDEZ CANTOR, de conformidad con el art. 365

del C.G. del P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 emanado del CSJ Sala Administrativa.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Juzgado Primero Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 54001-31-05-001-2020-00229-00
Partida Tribunal: 19681
Demandante: JANNETH PATRICIA
RONCANCIO RODRIGUEZ
Demandada(o): COLPENSIONES, PORVENIR
Y PROTECCIÓN

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se corre traslado a la parte apelante para que en el término de cinco (05) días proceda a presentar sus alegatos de conclusión, vencido lo cual correrá el término para alegar de la parte no apelante.

Se les recuerda a las partes que, los alegatos en segunda instancia deberán estar en consonancia con los concretos motivos de inconformidad señalados en el recurso de apelación, de conformidad con el 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 mencionada 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 de 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Primero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54001-31-05-001-2020-00246- 00

Partida Tribunal: 19687

Demandante: MARIA AIDA ARIAS SANGUINO.

Demandada (o): COLPENSIONES- PORVENIR- PROTECCIÓN

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día **06 de octubre de 2021**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54001-31-05-001-2020-00246- 00 y partida de este Tribunal Superior No. 19687 promovido por la señora MARIA AIDA ARIAS SANGUINO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., LAS ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, S.A. y PORVENIR, S.A.

I. ANTECEDENTES

La demandante MARIA AIDA ARIAS SANGUINO demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada inicialmente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, y posteriormente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera: Que nació el día 28 de octubre de 1963. Que desde el 05 de mayo de 1986, se afilió INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES. Que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual desde abril de 1995 a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS PORVENIR S.A. Que luego en julio de 1995 se traslada al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN. Que posteriormente se traslada en noviembre del 1997 a la AFP PORVENIR, fondo en que actualmente se encuentra inscrita.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, S.A., ésta dio formal contestación, aceptando parcialmente los hechos y oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda, en el entendido que la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS por voluntad propia y sin vicios, razón por la cual, la afiliación tiene plena validez, además, no es procedente regresar el régimen público porque esa inmerso en lo establecido en el literal B) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse. Propuso como excepciones de fondo, las innominada o genérica, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, legalidad de los actos administrativos, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de volver al estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado, falta de legitimación en la causa por pasiva.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderado judicial negó los hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, manifestando que la entidad, previo a realizar cualquier tipo de afiliación a los fondos que administra, ofrece siempre una asesoría de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben los ejecutivos comerciales, las cuales están orientadas a un estudio profundo del sistema general de pensiones, y al marco legal que regula el mismo, buscando siempre la satisfacción de los clientes, generando tranquilidad y confianza en la afiliación.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación por pasiva, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada.

Por su parte, PORVENIR S.A., indicó que se opone a la totalidad de pretensiones principales incoadas por la demandante. Manifestó que en el traslado efectuado inicialmente no existió vicio alguno que amerite o genere su nulidad o ineficacia y de accederse a las súplicas de la demanda, sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual. Que el formulario suscrito en su momento, da fe con firma manuscrita de la demandante que su traslado fue libre y espontaneo, y que recibió la información pertinente. Además, se cumplió con las obligaciones exigidas por las normas vigentes en el momento del traslado. Luego se obró conforme a derecho

Propuso las excepciones de mérito: falta de integración del contradictorio, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, innominada.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 06 de octubre de 2021, resolvió

1) Decretar: la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que la demandante la señora María Aida Sanguino hizo a la Administradoras de fondos de pensiones Porvenir S.A. a Protección s.a. y luego a porvenir en noviembre del año 1997, conforme a las motivaciones que anteceden.

2) Condenar: a la administradora de fondos de pensiones porvenir S.A., a devolver al sistema todo los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 c.c., esto es con los rendimientos que se hubieren causado, en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones.

3) Ordenar: a la administradora colombiana de pensiones – Colpensiones que una vez las administradoras de fondo de pensiones porvenir s.a., Protección s.a. y Old mutual s.a, de cumplimiento a lo aquí ordenado proceda a aceptar el traslado del señora Patricia Laura maría del socorro Ángel Rodríguez del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida,

4) condenar: a la administradora de fondos de pensiones porvenir s.a. y protección s.a., asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiesen causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubieren incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio siguiendo las reglas del art. 963 c.c. todo conforme a las motivaciones que anteceden a la sentencia.,

5) declarar: no prosperas las excepciones propuestas por las demandadas,

6) costas: a cargo de las partes demandadas y vencidas en juicio, en esta instancia.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a la afiliada al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La parte demandada no se encontró de acuerdo con la decisión proferida por el Juez A quo, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que no es posible aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta que la demandante estaba capacitado para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen; señala que han pasado 20 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que la accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen. También observa que la demandante conoce de las obligaciones en este caso pues acreditó tener conocimiento jurídico en el interrogatorio de parte, al tener como profesión de abogado y haber ejercido labor como juez de la Republica.

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

Precisó que Colpensiones no tuvo ninguna intervención al momento de brindar información a la demandante, quien de manera libre y voluntaria tuvo la facultad de decidir qué fondo le favoreciera para obtener su derecho a la pensión, ya que en ese momento tenía otras expectativas con el fondo privado. Por último, pidió se tomara en cuenta la excepción de prescripción.

2. PARTE DEMANDADA- PROTECCION, S.A.

Fundamentó la parte su recurso de apelación señalando que, la AFP dio cumplimiento a la normatividad vigente para el año de 1995. Señaló también

la condena a Protección al pago de los gastos de administración causados tanto por la entidad como por las otras demandadas, toda vez que se estaría desconociendo el trabajo de AFP en el marco de una relación contractual. Con base en esto, aunque se declare la ineficacia del traslado no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras, como son los rendimientos de la cuenta producto de la buena gestión de la AFP.

De otra parte, alegó que la exigencia de devolver el seguro previsional se considera inoperante porque el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección contrata con una aseguradora el pago del seguro previsional, cuando se presente el riesgo de la pensión de vejez o una pensión de invalidez o una pensión de sobrevivencia y en ese caso la aseguradora paga una suma adicional que se produce porque el fondo de pensiones mensualmente le está pagando, es girado directamente a la aseguradora prestando el servicio, la cual es un tercero de buena fe.

3. PARTE DEMANDADA – PORVENIR, S.A.

Argumentó la parte su recurso, que los traslados internos entre el RAIS, efectuados por Horizonte S.A., se realizaron con las disposiciones legales vigentes al momento en que se suscribieron, es decir, con las distintas normativas para el año de 1995. Estas disposiciones legales manifestaban que la legalidad de los traslados de régimen se sustentaba en el formulario de afiliación, el cual fue allegado y está debidamente acreditado en el plenario, sin tacha de falsedad. En cuanto a las asesorías, aseguró que se efectuaron de manera verbal junto con la suscripción del formulario.

Indicó igualmente que de manera trimestral, los fondos le ofrecen información a los afiliados acerca de su pensión y del sistema de seguridad social y su forma de operar, por lo que la demandante debió ejercer su derecho a trasladarse, no pudiendo alegar ahora su propia negligencia.

Manifestó que de mantenerse la decisión respecto de la nulidad del traslado de régimen, se revoque la orden de devolver los gastos de administración en que incurrió el fondo, en virtud del artículo 964 del CC, por cuanto se trata de una situación jurídica ya acontecida.

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:

PROVENIR S.A. ratificó lo dicho en el recurso y la contestación de la demanda, alega que a la fecha del traslado no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida

asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal. Que la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley, cuando el afiliado firmó el formulario de traslado. Que la administradora informó por diferentes medios de comunicación a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y el demandante no hizo uso de ese legítimo derecho. *Nadie puede alegar su propia torpeza.* Que no es procedente condenar a la devolución de los gastos de administración cuando fue la misma Ley la que concedió la posibilidad de destinar del total del monto de aportes realizados al sistema el 3% para gastos de administración, y por ser estos, su remuneración, pues de admitirse tal posibilidad sin ninguna compensación al respecto, se estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor del sistema, quien es el que se ve beneficiado con tal situación, pues además de los rendimientos generados por la administradora, se están reintegrando con el patrimonio de la sociedad administradora de pensiones del régimen de ahorro individual los gastos de administración, dineros estos que fueron invertidos por la sociedad para garantizar la rentabilidad de los aportes que realizó el afiliado durante el lapso que estuvo en el régimen de ahorro individual. Por último, manifestó no estar conforme con la condena en costas.

COLPENSIONES reiteró lo expuesto en primera instancia, tanto en los alegatos de conclusión y como en las excepciones propuestas en la CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, resaltando que no está llamada a aceptar el traslado de la demandante la señora **MARIA IDA ARIAS SANGUINO**, teniendo en cuenta que ha actuado conforme a las normas legales vigentes que 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 al antiguo ISS hoy COLPENSIONES desde el año 1986, afiliándose posteriormente en el mes de abril de 1995 al mes de julio de 1995, a la AFP PORVENIR S.A., y luego se trasladó a PROTECCIÓN S.A., en el año 1997 duro afiliada desde el mes de enero al mes de octubre 1997, y regreso nuevamente en el mes de noviembre de 1997; a PORVENIR S.A., argumentando que NO LE OFRECIERON asesoría POR PARTE de los fondos privados ya que no estuvo precedida de la suficiente informaron, puesto que nunca le manifestaron de manera clara y precisa el alcance de la decisión de traslado de régimen, para su futuro pensional, haciéndola incurrir en error al cambiarse de régimen pensional.

Sostiene que, le corresponden al a La Administradora De Fondo De Pensiones Y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A, probar que la información que brindó a la actora al momento de afiliarla y del cambio de régimen, fue idónea y la suficiente para que la decisión de traslado fuera libre de vicios, sumado a ello no es procedente el traslado de régimen por cuanto la demandante se encuentra dentro del rango de edad para jubilarse, puesto que ya cumplió la edad requerida para pensionarse, en virtud a que nació el

28 de octubre de 1963 y a la fecha de admisión de la demanda, ya contaba con 57 años de edad, motivo por el cual no es posible para COLPENSIONES aceptar el traslado de la demandante.

Así mismo, insiste que por parte de COLPENSIONES no se tuvo ninguna intervención al momento de brindar información al demandante, quien, de manera libre y voluntaria, y reiterativa, tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión; ya que en este momento tenía otras expectativas con el fondo privado, puesto hizo su afiliación en el RAIS de manera reiterativa estando finalmente afiliado a este régimen pensional.

Afirma que de operar la nulidad, se estudie el fenómeno prescriptivo de la acción judicial y no estuvo conforme con la condena en costas.

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. Establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante MARIA AIDA ARIAS SANGUINO en el año 1995 desde el ISS hoy COLPENSIONES RPMPD, inicialmente a LA AFP PORVENIR S.A. y luego a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. –régimen de ahorro individual son solidaridad y por último a PORVENIR S.A..
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR, como para la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.

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.

Análisis probatorio

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

Solución al primer problema jurídico

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

Aclarado lo anterior, esta Sala 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.

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

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

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

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

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

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que 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 provisión a su vejez, invalidez o muerte.

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

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

Caso concreto

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

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

Así las cosas, se tiene que la demandante MARIA AIDA ARIAS SANGUINO nació el día 28 de octubre de 1963. Que desde el 05 de mayo de 1986, se afilió INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES. Que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual desde abril de 1995 a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS PORVENIR S.A. Que luego en julio de 1995 se traslada al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN. Que posteriormente se traslada en noviembre del 1997 a la AFP PORVENIR, fondo en que actualmente se encuentra inscrita.

Este hecho del traslado de régimen pensional se acreditó con la suscripción del formulario No. 0171798, visto a folio 21 de los anexos de la demanda, el cual fue firmado por la demandante, dejándose plasmado que “hago constar que la selección del redimen de Ahorro Individual con Solidaridad- lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. manifiesto que he elegido a la administradora de fondos de pensiones y cesantías HORIZONTE S.A. para que administre mis aportes pensionales...”, circunstancia que no demuestra la obligación de la actual AFP PORVENIR analizada en renglones anteriores, pues la información y la libre escogencia, no se trata de diligenciar un formato ni adherirse a una cláusula genérica, *“sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”.* (ver sentencia SL19447-2017).

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

AFP en tanto desarrollan actividades de interés público.

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

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

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

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo la demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PORVENIR 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 a la demandante MARIA AIDA ARIAS SANGUINO.

Segundo problema jurídico- montos a restituir

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en 1995, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR 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 el fondo privado PORVENIR S.A. y de este al fondo PROTECCIÓN S.A. las cosas deben retrotraerse 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, debiéndose entonces CONFIRMAR en este sentido la sentencia apelada y consultada.

Por último, la **excepción de prescripción formulada por las demandadas**, no opera en estos asuntos, ya que la condición de afiliado y, por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas. En virtud a lo anterior, la decisión proferida por el Juez A quo deberá ser confirmada.

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

entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

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

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.00 m/cte.) a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a 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 la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 06 de octubre de 2021, por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., 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., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO
MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Primero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-001-2021-00057-00

Partida Tribunal: 19647

Demandante: OLGA JEANNETTE MUNEVAR RAMIREZ

Demandada(o): COLPENSIONES Y PROTECCIÓN

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, **tres (03) de agosto** de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de alzada presentados por los apoderados judiciales de la parte demandante y de las entidades demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 17 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54001-31-05-001-2021-00057-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19647 promovido por la señora OLGA JEANNETTE MUNEVAR RAMIREZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PROTECCIÓN.

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 **OLGA JEANNETTE MUNEVAR RAMIREZ** demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, 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 demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Indicó que nació el 12 de agosto de 1967, 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 2024.
2. Que estuvo afiliada al Régimen de Prima media con Prestación definida el día 01 de julio de 1993.
3. Que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación al fondo de pensiones PROTECCIÓN a partir del 01 de mayo de 2002, traslado que no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existió consentimiento de libertad y voluntariedad.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada **COLPENSIONES, S.A.**, ésta dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones principales, subsidiarias y subsidiaria N°2 inmediatamente anterior de la demanda, en el entendido que la demandante se afilió voluntariamente a PROTECCIÓN, encontrándose incurso en lo establecido por el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, COBRO DE LO NO DEBIDO POR FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA SU RECLAMACION, LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS

ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SUGERIR UN JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE VOLVER AL ESTADO MISMO DE LAS COSAS POR HABER UN HECHO CONSUMADO, INOMINADA O GENERICA.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** indicó que se opone a las pretensiones principales y subsidiarias incoadas por la demandante, ya que en el traslado efectuado 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 mérito propuso las excepciones que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA ABLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y POR QUE AFECTA DERECHO DE TERCEROS DE BUENA FE, INNOMINADA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en audiencia de fecha 17 de noviembre del 2021, resolvió lo siguiente:

- 1) DECRETAR: la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que la demandante JEANNETTE MUNEVAR RAMIREZ realizo en mayo primero (01) del 2022, conforme a las motivaciones que anteceden.
- 2) CONDENAR: a la administradora de fondos de pensiones Protección S.A., a devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante OLGA JEANNETTE MUNEVAR RAMIREZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art.1746 C.C., esto es con los rendimientos que se hubieren causado, en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones.
- 3) ORDENAR: a la administradora colombiana de pensiones—Colpensiones que una vez las administradoras de fondo de pensiones Protección S.A., de cumplimiento a lo aquí ordenado proceda a aceptar

el traslado de la señora OLGA JEANNETTE MUNEVAR RAMIREZ, del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

4) SE CONDENARÁ: a la administradora de fondos de pensiones Protección S.A., asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiesen causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubieren incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio siguiendo las reglas del art. 963 C.C. todo conforme a las motivaciones que anteceden a la sentencia.

5) DECLARAR: no prosperas las excepciones propuestas por las demandadas.

6) COSTAS: a cargo de las partes demandadas.

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

V. RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

La apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación de forma parcial, manifestando que respecto al numeral segundo de la sentencia no se estimó un término perentorio en el cual AFP PROTECCIÓN 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.

PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la ineficacia del traslado

no es procedente por estar fundamentada en la falta de información al afiliado, siendo que la 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 a la demandante dentro del régimen de prima media, por cuanto esa situación genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que el demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca es suficiente para el otorgamiento de las pensiones, por lo que se genera un desbalance dentro de Colpensiones, situación que se debe cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional faltando menos de los 10 años para adquirir la pensión, transgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100.

Por último, se mostró inconforme con la condena en costas y agencias en derecho, argumentando que COLPENSIONES actuó con buena fe y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones

PARTE DEMANDADA-PROTECCIÓN, S.A.

La parte sustentó su recurso por considerar que la entidad cumplió con la normatividad vigente a la fecha del traslado, lo cual correspondía al formulario de afiliación en los términos del artículo 11 del decreto 1106 de 1992.

Sobre la condena en torno a los rendimientos y la comisión de administración, señaló que no es procedente, toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas y ocurridas por la buena administración de la AFP.

En relación con las cuotas a las primas pagadas por los seguros, comentó que dicho porcentaje fue descontado de acuerdo a la ley, y que fue enviado directamente a un tercero de buena fe, tercero que nada tuvo que ver con la afiliación del demandante para con la AFP.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, que se encuentran debidamente consignados en el expediente digital y 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 teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S.,

que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante OLGA JEANNETTE MUNEVAR RAMIREZ el primero de mayo del año 2002 a PROTECCIÓN 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 AFP PROTECCIÓN S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliada con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.
4. Por último, se revisará la inconformidad de COLPENSIONES para con las costas procesales y agencias en derecho.

ANÁLISIS PROBATORIO

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

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por el demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia del ISS a hoy PROTECCION S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras

de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento de la señora OLGA JEANNETTE MUNEVAR RAMIREZ para realizar el cambio advertido.

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

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

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

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

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2015 y la circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el

afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que la demandante OLGA JEANNETTE MUNEVAR RAMIREZ estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde el 01 de julio de 1993, hasta que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación al fondo de pensiones PROTECCIÓN a partir del 01 de mayo de 2002.

Luego entonces, de las pruebas arrimadas al proceso se observa en los anexos de la demanda y la contestación de la demandada COLPENSIONES que si bien el formato de traslado N° 6387728 suscrito por la demandante a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., es de fecha nueve (09) de septiembre de 2003, se aporta la historia laboral de la señora OLGA JEANNETTE MUNEVAR RAMIREZ en la cual se reporta que a partir del mes de mayo de 2002 empezó a cotizar a la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCION S.A.

Por lo anterior, considera la Sala que las cualidades de esta decisión relevante de trasladarse de régimen, es decir, que la misma se diera de manera voluntaria, de forma libre, espontánea y sin presiones, no se encuentran demostradas, toda vez que, en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PROTECCIÓN, S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportada por ella, con la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró a la demandante OLGA JEANNETTE MUNEVAR RAMIREZ, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

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

Reiterándose que, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, a la demandante OLGA

JEANNETTE MUNEVAR RAMIREZ 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 o la inferida en un historial de vinculaciones, no es suficiente para concluir que existió una decisión documentada por parte del actor, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva PROTECCIÓN S.A.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo a la demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PROTECCIÓN, y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual del demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento (error) por falta de asentimiento informado, no asistiéndole la razón a los recurrentes y quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable de la demandante OLGA JEANNETTE MUNEVAR RAMIREZ 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 PROTECCIÓN S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con las cotizaciones pensionales vistas en la vinculación laboral de la demandante, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

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

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la

situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *statu quo ante* no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba 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...”

Por tal motivo, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar, desde COLPENSIONES hacia el fondo privado PROTECCION S.A. las cosas deben retrotraerse 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.

Así mismo, se observa que la apoderada de 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 PROTECCIÓN S.A., debía devolver los montos a restituir por la nulidad del traslado a la AFP COLPENSIONES, sin embargo, se advierte que el medio idóneo para recurrir a este término o a esta etapa procesal es conforme al artículo 306 del CGP el cual indica que "...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", en consecuencia, no es procedente el recurso interpuesto y debidamente fundamentado por la parte demandante.

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 las demandadas, la cual se procede a denegar su prosperidad bajo los siguientes razonamientos.

La selección de régimen pensional es un acto derivado de la relación de afiliación (artículo 13 de la Ley 100 de 1993, hoy modificado por el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994), de tal suerte que la circunstancias en que se dio el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad del 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 AFILIACION al régimen de ahorro individual, por lo tanto, esa concreta situación fáctica que resulta inherente a la consolidación del ESTATUS PENSIONAL del 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 si quiera 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 adelante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, materia de inconformidad por COLPENSIONES 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, por lo que al resultar esta entidad vencida en juicio, es procedente la condena impuesta por el A quo, debiéndose CONFIRMAR la misma.

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 PROTECCIÓN 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 la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 17 de noviembre de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a cada una de las entidades demandadas, 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., PROTECCIÓN S.A. y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Primero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54001-31-05-001-2021-00192-00

Partida Tribunal: 19767

Demandante: CARLOS MANUEL CHACON GOMEZ.

Demandada (o): COLPENSIONES- PORVENIR- COLFONDOS

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día **25 de marzo de 2021**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado 54001-31-05-001-2021-00192-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19767 promovido por el señor CARLOS MANUEL CHACON GOMEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., COLFONDOS FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., Y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR, S.A.

I. ANTECEDENTES

El demandante CARLOS MANUEL CHACON GOMEZ demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada inicialmente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS, y posteriormente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera: Que nació el día 17 de noviembre de 1962. Que ha laborado y cotizado al sistema de la seguridad social en pensiones ICSS, desde el día 09 de julio de 1984. Que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual desde el día 01 de marzo de 1995, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS COLFONDOS S.A. Que el 01 de noviembre de 2007 se traslada al FONDO DE PENSIONES HORIZONTE, y que actualmente se encuentra en el FONDO de PENSIONES PORVENIR S.A.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, S.A., ésta dio formal contestación, aceptando parcialmente los hechos y oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda, en el entendido que el demandante se trasladó del RPMPD al RAIS por voluntad propia y sin vicios, razón por la cual, la afiliación tiene plena validez, además, no es procedente regresar al régimen público porque esa inmerso en lo establecido en el literal B) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse. Propuso como excepciones de fondo, las innominada o genérica, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. a través de su apoderado judicial negó los hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, manifestando que la entidad, previo a realizar cualquier tipo de afiliación a los fondos que administra, ofrece siempre una asesoría de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben los ejecutivos comerciales, las cuales están orientadas a un estudio profundo del sistema general de pensiones, y al marco legal que regula el mismo, buscando siempre la satisfacción de los clientes, generando tranquilidad y confianza en la afiliación. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación de la causa por pasiva, ausencia de vicios de consentimiento, 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, buena fe y la innominada.

Por su parte, PORVENIR S.A., indicó que se opone a la totalidad de pretensiones principales incoadas por el demandante. Manifestó 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. También señala que el traslado fue

efectuado por la AFP COLFONDOS, por lo que esta entidad sería la llamada a responder por las consecuencias de un posible fallo. Propuso las excepciones de mérito: la falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o la genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 25 de marzo de 2022, resolvió:

Primero: decretar la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual que el demandante Carlos Manuel Chacón Gómez realizo en marzo 01 de 1995 al fondo de pensiones y cesantías a Colfondos s.a. y el traslado posterior al fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. efectuado en noviembre 01 del año 2007, conforme a las motivaciones que anteceden en esta sentencia.

segundo: condenar a las administradoras fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. y al fondo de pensiones y cesantías a Colfondos S.A., a devolver al sistema todos los valores que hubiesen recibido por motivo de la afiliación del demandante Carlos Manuel Chacón Gómez, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses conforme lo dispone el artículo 1746 del Código Civil esto es con sus rendimientos que se hubieren causado en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Tercero: se ordena a Colpensiones que una vez las administradoras de fondo de pensiones y cesantías Porvenir s.a. y Colfondos s.a., den cumplimiento a lo ordenado, proceda a aceptar el traslado de Carlos Manuel Chacón Gómez del régimen de ahorro individual al régimen prima media con prestación definida.

Cuarto: se condena a la administrador de pensiones y cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A., asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiesen causado, esto es las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de pensión de vejez del actor, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, así como los gastos de seguros provisionales, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio siguiendo las reglas del artículo 963 del código civil, sumas que se deberán indexar conforme a las motivaciones que anteceden en la sentencia.

Quinto: no prosperan las excepciones propuestas por las demandadas.

Sexto: costas a cargo de los demandados,

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a la afiliada al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La parte demandada no se encontró de acuerdo con la decisión proferida por el Juez A quo, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que no es posible aceptar el traslado del demandante teniendo en cuenta que éste estaba capacitado para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen; señala que han pasado 20 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que el accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen. También observa que el demandante conoce de las obligaciones en este caso pues acreditó tener conocimiento jurídico en el interrogatorio de parte, al tener como profesión de abogado y haber ejercido labor como juez de la Republica.

Indicó que la obligatoriedad que surge de recibir al demandante dentro del régimen de prima media, 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 tener en cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional faltando menos de los 10 años para adquirir la pensión, trasgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100 de 1993.

Precisó que Colpensiones no tuvo ninguna intervención al momento de brindar información al demandante, quien de manera libre y voluntaria tuvo la facultad de decidir qué fondo le favoreciera para obtener su derecho a la pensión, ya que en ese momento tenía otras expectativas con el fondo privado.

2. PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

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

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

En relación con las primas pagadas por los seguros, informó que estas fueron sumas pagadas a favor de terceros como son las compañías de seguros,

quienes prestaron sus servicios, es decir, quienes dieron cobertura durante todo el tiempo que estuvo vigente la filiación dela señora demandante con el fondo; que al ya haber sido pagados, son dineros que son difíciles de restituir por cuanto son unos pagos que se hacen a unos terceros ajenos los fondos, y hay que tener en cuenta que la fuente de esas obligaciones es de carácter legal.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

PROVENIR S.A. ratificó lo dicho en el recurso y la contestación de la demanda, alega que a la fecha del traslado no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal. Que la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley, cuando el afiliado firmó el formulario de traslado. Que la administradora informó por diferentes medios de comunicación a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y el demandante no hizo uso de ese legítimo derecho. *Nadie puede alegar su propia torpeza.* Que no es procedente condenar a la devolución de los gastos de administración cuando fue la misma Ley la que concedió la posibilidad de destinar del total del monto de aportes realizados al sistema el 3% para gastos de administración, y por ser estos, su remuneración, pues de admitirse tal posibilidad sin ninguna compensación al respecto, se estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor del sistema, quien es el que se ve beneficiado con tal situación, pues además de los rendimientos generados por la administradora, se están reintegrando con el patrimonio de la sociedad administradora de pensiones del régimen de ahorro individual los gastos de administración, dineros estos que fueron invertidos por la sociedad para garantizar la rentabilidad de los aportes que realizó el afiliado durante el lapso que estuvo en el régimen de ahorro individual. Por último, manifestó no estar conforme con la condena en costas.

COLPESIONES ratifica todo lo dicho en su defensa, sostiene que, no es procedente declarar la nulidad del traslado del demandante el señor **CARLOS MANUEL CHACON GOMEZ**; insiste que la ineficacia es inoponible a la entidad ya que la misma ha actuado conforme a las normas legales vigentes 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 RPMPD administrado anteriormente por el ISS hoy COLPENSIONES desde 1984, trasladándose posteriormente al RAIS AFP COLFONDOS S.A., en el año 1995, Y luego de COLFONDOS A LA AFP PORVENIR S.A el 01 de

noviembre del 2007, en el cual se encuentra afiliado al día de hoy, argumentando que, por parte de mencionados FONDOS PRIVADOS, solo le manifestaron los beneficios que iba a tener el RAIS.

Que le corresponde a La Administradora De Fondo De Pensiones Y Cesantías PORVENIR S.A, probar que la información que brindó a la actora al momento de afiliarla y del cambio de régimen, fue idónea y la suficiente para que la decisión de traslado fuera libre de vicios, sumado a ello no es procedente el traslado de régimen por cuanto la demandante se encuentra dentro del rango de edad para jubilarse, puesto que ya cumplió la edad requerida para pensionarse, en virtud a que nació el 17 de noviembre de 1962, y cuenta actualmente con 59 años de edad cumplidos, motivo por el cual no es posible para COLPENSIONES aceptar el traslado de la demandante.

Por consiguiente, considera que tampoco no es posible un retorno de aportes, toda vez que COLPENSIONES, no tuvo ninguna intervención al momento de brindar información al hoy demandante, quien fue de manera libre y voluntaria, quien tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión; y quedándose finalmente afiliada a este régimen pensional.

Reiteró tener en cuenta la excepción de prescripción; de conformidad con el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 151 del C.P.L., se establece que el transcurso del tiempo, en tres (3) años, hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado. Y se opuso a la condena en costas.

El demandante solicita sea confirmada en su totalidad la sentencia de primera instancia.

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. Establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por el demandante CARLOS MANUEL CHACON GOMEZ en el año 1995 desde el ISS hoy COLPENSIONES RPMPD, inicialmente a LA AFP COLFONDOS S.A. y luego a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual son solidaridad.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para COLFONDOS, como para la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.

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.

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. Igualmente se tendrá en cuenta el interrogatorio de parte presentado por el demandante.

Solución al primer problema jurídico

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

Aclarado lo anterior, esta Sala 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.

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

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

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

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

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones

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

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que 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 CARLOS MANUEL CHACON GOMEZ 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 las anteriores consideraciones y con el objeto de dar respuesta a los recursos de apelación de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respecto a **la demostración de un consentimiento informado** en el traslado de régimen, se tiene que en reiterados pronunciamientos proferidos por esta Sala en consideración a las indicaciones del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, se ha dicho que, es responsabilidad de las Administradoras del Fondo de Pensiones, acreditar que el afiliado recibió la información completa, eficaz, clara y precisa, ya que la manifestación del afiliado constituye un ***supuesto negativo*** que no podrá ser demostrado por quien lo invoca, sino mediante un ***supuesto positivo contrario***, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta.

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

Así las cosas, se tiene que el demandante CARLOS MANUEL CHACON GOMEZ ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones en el mes de febrero de 1984, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), y arguye que, en el mes de septiembre del año 1995 fue vinculado al RAIS, mediante el traslado del régimen a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS, y que luego se trasladó a la AFP HORIZONTE EN 2007, hechos que se acreditaron con la suscripción del formulario No. 717847, visto a folio 53 del expediente digital, el cual fue firmado por el demandante, dejándose plasmado que **“hago constar que la selección del redimen de Ahorro Individual con Solidaridad- lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. manifiesto que he elegido a la administradora de fondos de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A. para que administre mis aportes pensionales...”**, circunstancia que no demuestra la obligación de la AFP analizada en renglones anteriores, pues la información y la libre escogencia, no se trata de diligenciar un formato ni adherirse a una cláusula genérica, *“sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”.* (ver sentencia SL19447-2017).

Así las cosas, en efecto, ni COLFONDOS S.A. ni PORVENIR S.A. demostraron

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, de tal suerte que las afirmaciones contenidas en el formulario allegado, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFPs., en tanto desarrollan actividades de interés público.

Luego entonces, en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de 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.

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

Además, le correspondía a dicho FONDOS inicialmente a COLFONDOS, acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, el demandante en todo lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica como la contenida en la solicitud de vinculación, no es suficiente para inferir que existió una decisión documentada por parte de la actora, 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 el demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen

consejo, de la administradora demandada 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 del demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento (error) por falta de asentimiento informado, no asistiéndole la razón a los recurrentes y quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable al demandante CARLOS MANUEL CHACON GOMEZ 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 tanto COLFONDOS como PORVENIR S.A., incumplieron 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 1995 y 2007, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. realicen 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 el fondo privado COLFONDOS S.A. y de este al fondo PORVENIR, S.A. las cosas deben retrotraerse 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, debiéndose entonces CONFIRMAR en este sentido la sentencia apelada y consultada.

Por último y a pesar de no ser objeto de los recursos de apelación, la **excepción de prescripción formulada por las demandadas**, no opera en estos asuntos, ya que la condición de afiliado y, por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas. En virtud a lo anterior, la decisión proferida por el Juez A quo deberá ser confirmada.

Por último, **se rememora que las costas judiciales** son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se

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

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

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

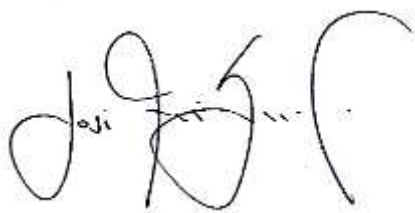
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 25 de marzo de 2022, por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR S.A., a 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. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto 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 Primera Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-001-2021-00364-00

Partida Tribunal: 19765

Demandante: NEPOMUCENO MORA
DELGADO

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

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE
SENTENCIA

San José de Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los 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 Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 23 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-001-2021-00364-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19765 promovido por el señor NEPOMUCENO MORA DELGADO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante NEPOMUCENO MORA DELGADO 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 COLPENSIONES a la AFP 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. Qué nació el 27 de junio de mil novecientos sesenta (1960).
2. Que se afilió en el régimen de prima media con prestación definida, desde el primero (01) de diciembre de 1994
3. Que realizó traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el primero (01) de agosto del año dos mil (2000), sin recibir información de los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro.
4. Que a la fecha, ha cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos regímenes más de 1263 semanas.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

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

Como excepciones de fondo propuso las que denominó BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, COBRO DE LO NO DEBIDO POR FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA SU RECLAMACIÓN, LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SUGERIR UN JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE VOLVER AL ESTADO

MISMO DE LAS COSAS POR HABER UN HECHO CONSUMADO, INOMINADA O GENÉRICA

Por su parte, PORVENIR S.A. indicó que se opone a las pretensiones principales, subsidiarias, incoadas por el demandante, ya que en el traslado efectuado inicialmente no existió vicio alguno que amerite o genere su nulidad o ineficacia y de accederse a las súplicas de la demanda, sería como que el demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual. Que, de igual forma, se debe considerar que los elementos de la responsabilidad civil, tales como: daño, culpa y nexo causal no se encuentran acreditados, lo que de igual forma exonera de toda culpa a PORVENIR S.A.

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

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 23 de marzo de 2022, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD E INEFICACIA EL TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL QUE EL DEMANDANTE NEPOMUCENO MORA DELGADO, REALIZO AL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLPATRIA – HOY PORVENIR SA CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN EN ESTA SENTENCIA.

SEGUNDO: CONDENAR A LA DEMANDADA ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA A DEVOLVER AL SISTEMA TODOS LOS VALORES QUE HUBIESES RECIBIDO TALES COMO COTIZACIONES, BONOS PENSIONALES, SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADOS CON TODOS SUS FRUTOS E INTERESES CONFORME LO DISPONE EL ARTICULO 1746 DEL CODIGO CIVIL ESTO ES CON SUS RENDIMIENTOS QUE SE HUBIEREN CAUSADO EN VIRTUD DEL REGRESO AUTOMATICO AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA, CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN EN LA SENTENCIA.

TERCERO: ORDENA A COLPENSIONES QUE UNA VEZ LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., DE CUMPLIMIENTO A LO ORDENADO, PROCEDA A REACTIVAR LA AFILIACION DEL REGIMEN MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA POR ELLOS ADMINISTRADOS DEL AQUÍ DEMANDANTE CARLOS ALBERTO SANCHES MEDINA, CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN EN LA SENTENCIA.

CUARTO:..SE CONDENA A LA ADMINSTRADOR DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA, ASUMIR A SU CARGO LOS DETERIORES SUFRIDOS POR EL BIEN ADMINISTRADO, EN CASO DE QUE SE HUBIESES CAUSADO, ESTO ES LAS MERMAS SUFRIDAS EN EL CAPITAL DESTINADO A LA FINANCIACION DE PENSION DE VEJEZ, POR LOS GASTO DE ADMINISTRACION EN QUE HUBIERE INCURRIDO, LOS CUALES SERAN ASUMIDOS DE SU PROPIO PATRIMONIO SIGUIENDO LAS REGLAS DEL ARTICULO 963 DEL CODIGO CIVIL, CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN EN LA SENTENCIA.

QUINTO: NO PROSPERAN LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS

SEXTO: COSTAS A CARGO DE LOS DEMANDADOS

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 del 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- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que se encuentra inconforme con la decisión y solicita que sea revocada en su integridad. Frente a la ineficacia, reitera totalmente lo expresado en los alegatos.

Respecto de las condenas del numeral 2, solicitó que sea revocada conforme al artículo 964 del Código Civil inciso final que dice: “En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”.

Recalcó que estos frutos, conforme a la Ley 100 del 93, son la retribución por los servicios prestados por la entidad, y se utiliza para cubrir los costos y gastos de la actividad de la AFP y aquellos son situaciones jurídicas consolidadas y hechos consumados, por lo que son excepciones al retrotraer los efectos del traslado.

En relación con las primas pagadas por los seguros, informó que estas fueron sumas pagadas a favor de terceros como son las compañías de seguros, quienes prestaron sus servicios, es decir, quienes dieron cobertura durante todo el tiempo que estuvo vigente la filiación 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.

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

PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la ineficacia del traslado no es procedente por estar fundamentada en la falta de información al afiliado, siendo que el demandante el señor NEPOMUCENO MORA DELGADO teniendo en cuenta lo establecido en el artículo segundo de la ley 797 del 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece “después de un año de la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez” por lo que no es procedente su retorno del RAIS al régimen de prima media, teniendo en cuenta que el demandante nació el 27 de junio de 1960 y a la fecha admitida la demanda ya contaba o estaba a menos de 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse, teniendo actualmente 61 años de edad cumplidos.

En cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado no resulta procedente teniendo en cuenta que a la fecha del traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, goza de plena validez a las luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el artículo 13 literal b) de la ley 100 de 1993 y según la ley 1328 del 2009 artículo 48 que modificó los literales d) y e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

Señaló también, que el ISS –hoy Colpensiones, no participó en el traslado de régimen del actor NEPOMUCENO MORA DELGADO y no tiene ninguna responsabilidad en ese hecho.

Se refirió a la obligatoriedad que surge de recibir al demandante dentro del régimen de prima media, por cuanto esa situación genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que la demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca son suficientes para el otorgamiento de las pensiones, por lo que se genera un des balance 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, recalco sobre la excepción de prescripción y se mostró inconforme con la condena en costas y agencias en derecho, argumentando que el SEGURO SOCIAL - ISS hoy 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 encuentran debidamente consignados en el expediente digital y 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 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 NEPOMUCENO MORA DELGADO en el año 2000 a PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES entidad a la que se encontraba afiliado con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Esto, conforme a la excepción de prescripción planteada por Colpensiones.
4. Por último, se revisará la condena en costas a Colpensiones.

ANÁLISIS PROBATORIO

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

falsedad respecto de los documentos allegados al plenario. También se tomará en cuenta el interrogatorio efectuado al demandante en lo concerniente.

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

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

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

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

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

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 *“por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones”* impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida

para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro que el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2015 y la circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

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

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

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

los ciudadanos quienes les entregan sus ahorros para la previsión a su vejez, invalidez o muerte.

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

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

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que el demandante NEPOMUCENO MORA DELGADO ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), y que el 01 de agosto de 2000, realiza traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR.

Luego entonces, de las pruebas arrojadas al proceso se observa en el historial de vinculaciones aportado en la contestación de la demanda por la AFP PORVENIR, que el traslado de régimen que hiciere inicialmente el demandante de COLPENSIONES a PORVENIR S.A., fue efectuado en agosto de 2000, así como se evidencia el formato de solicitud de vinculación o traslado de fecha 13 de junio de 2000, 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 cualidades de la decisión no se encuentran demostradas, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR, S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró al demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Así las cosas, en efecto, PORVENIR no demostró que por su parte, se

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

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

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

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el demandante en el mes de junio de 2000, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PORVENIR, las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de

cotización, sumas estas que se encuentran bajo la custodia de las Administradoras, y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

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

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

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

Así las cosas, no queda otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en cuanto condenó a la demandada a

devolver “al sistema, todos los valores, que hubiera recibido, con motivo de la afiliación, de la actora, como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos los frutos e intereses, como lo dispuesto, en el artículo 1746 del Código Civil. Esto es con los rendimientos, que se hubieren causados, en virtud del regreso automático, al régimen de prima media, con prestación definida.”

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

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

La selección de régimen pensional es un acto derivado de la relación de afiliación (artículo 13 de la Ley 100 de 1993, hoy modificado por el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994), de tal suerte que la circunstancias en que se dio el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad de la demandante, precedido del deber del buen consejo por parte de la administradora de pensiones en la oferta pre-contractual 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 del demandante no está sujeta al fenómeno de la prescripción, lo que igualmente se predica de la condición de afiliado y los actos que emanen de tal condición, pues de allí surge el derecho a percibir y disfrutar vitaliciamente de la respectiva pensión.

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

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

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

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

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

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

COSTAS PROCESALES

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

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

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

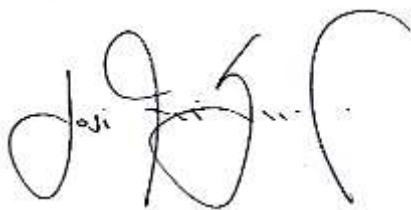
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 23 de marzo de 2022.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A., y en favor 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. 080, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-002-2015-00153-01
PARTIDA TRIBUNAL: 19.518
JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: MIRYAM GALVIS DE SEQUEDA
DEMANDADO: LA UGPP y vinculada RUTH MEZA NIÑO
TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES
ASUNTO: CONSULTA

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, tres (3) de agosto de dos mil veintidós (2022).

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, surte el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha 21 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta con radicado interno No. 54-001-31-05-002-2016-00153-01 y Partida del Tribunal No. 19.518 promovido por la señora MYRIAM GALVIS DE SEQUEDA a través de apoderada judicial contra la UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL LA UGPP, y vinculada la señora RUTH MEZA NIÑO.

I. ANTECEDENTES

La señora Myriam Galvis de Sequeda demanda a COLPENSIONES para que sea condenada al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente con ocasión del fallecimiento del pensionado Domingo Silva a partir del 23 de noviembre de 2017, junto con la indexación, los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, el uso de las facultades extra y ultra petita y el pago de costas procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: que hizo vida marital con el señor Pérez Rodríguez desde el año 1998 hasta que falleció el pensionado el 14 de septiembre de 2008 según se demuestra con las declaraciones extra juicio. Que su compañero era pensionado por vejez por CAJANAL según resolución No.9583 del 27 de agosto de 1986; que solicitó el 12 de mayo de 2011 el reconocimiento pensional de sobrevivientes y fue negado por la demanda presuntamente por no encontrarse afiliada a la salud y por ostentar el apellido de casada con otra persona sin demostrar el divorcio.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

LA UGPP a través de su apoderada judicial aceptó algunos hechos y se opuso a todas las pretensiones alegando que la demandante MIRYAM GALVIS DE SEQUEDA no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte del señor JOSE JOAQUIN PEREZ RODRIGUEZ por cuanto su estado civil casada con sociedad conyugal vigente con el señor José Ramiro Sequeda Sequeda. Que la actora no aportó escritura de divorcio manteniendo hasta la actualidad, una sociedad conyugal vigente. Propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación.

La señora RUTH MEZA NIÑO a través de apoderado judicial manifestó que no le constan los hechos, que no se opone a las pretensiones, que el 05 de octubre de 2009 presentó ante LA UGPP solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional, sin embargo, fue negada porque el tiempo de convivencia con el fallecido es menor al que exige la normatividad aplicable, puesto que solo fue por un término de 2 años aproximadamente.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

EI JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 21 de septiembre de 2021, absolvió a la UGPP de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante Miryam Galvis, declarando como probada la excepción de inexistencia de la obligación solicitada por la demandada, fijando como agencias en derecho a cargo de la demandante, la suma de \$300.000.

El Juez A quo manifestó que durante el transcurso del proceso acaeció el fallecimiento de la demandante, razón por la que, requirió la vinculación de los presuntos sucesores procesales, quienes decidieron no participar del mismo guardando silencio. Respecto a la vinculada, la señora Ruth Meza Niño, consideró que no existen pruebas al respecto sobre el presupuesto de tiempo de convivencia con el pensionado, además, que la parte manifestó que el periodo de convivencia solo fue de 2 años aproximadamente; no presentó pruebas y no se opuso a las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que no existía discusión en que el fallecido José Joaquín Pérez Rodríguez dejó causada la sustitución pensional para los presuntos beneficiarios conforme a la resolución No. 9583 de 1986 proferida por la Caja Nacional de Previsión Social, de reconocimiento de pensión de vejez a partir del día 9 de julio del año 1985.

Que la demandante Miryam Galvis de Sequeda QEPD, acercó como pruebas para acreditar dicha convivencia durante un término de 5 años anterior al fallecimiento del causante, **declaraciones extraprocesales**, de José Rafael Nocua Gerardo Herrera Díaz y Ana Cecilia Sierra, manifestaciones que no lograron acreditar los presupuestos legales de calidad y convivencia entre el pensionado y la demandante, por cuanto no hay una exposición detallada de las circunstancias de tiempo, modo y lugar contenidas en la numeral 3 del artículo 321 del Código

General del Proceso.

Por último, advierte que, desde el momento del fallecimiento de la demandante, *no se vislumbra intención de dar continuidad a las presentes diligencias, se deja a suerte este proceso, se renuncia por parte del apoderado judicial de la demandante el trámite del mismo, sin advertirse motivo por el cual se presenta dicho desistimiento o renuncia del poder a ella otorgado*; igualmente, que los artículos 78 y 76 del Código General del Proceso advierten que la muerte del poderdante no pone fin al poder que inicialmente es otorgado, pero no existiendo apersonamiento, intención de acreditar la convivencia en vida en los términos dispuestos en el literal A del artículo 13 de la ley 797 del año 2003, por parte de la señora Miryam Galvis de Sequeda por apoderado judicial alguno o por sucesor procesal alguno o en su momento por la misma, las suplicas de la demandada no prosperan.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La apoderada judicial de LA UGPP solicitó confirmar en todas sus partes la sentencia de primera instancia y ratificó su defensa alegando que la demandante MIRYAM GALVIS DE SEQUEDA no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte del señor JOSE JOAQUIN PEREZ RODRIGUEZ q.e.p.d., por cuanto su estado civil es CASADA con SOCIEDAD CONYUGAL VIGENTE con el señor JOSE RAMIRO SEQUEDA SEQUEDA.

Que el Decreto 1160 de 1989 reguló en materia de pensión post mortem el derecho pensional secundario de quien afirma ser la compañera permanente del fallecido pensionado y estableció como exigencia el estado civil soltero para evitar que quienes tuvieran sociedad conyugal vigente con persona distinta al fallecido pensionado, llegado el momento del muerte de su cónyuge obtuvieran doble asignación de dineros públicos alegando para su efecto por un lado la condición de compañera permanente y por otro la condición de cónyuge sobreviviente respectivamente.

Que la demandante no allegó escritura de divorcio la cual pone fin a la existencia de la SOCIAL CONYUGAL VIGENTE con el señor SEQUEDA SEQUEDA, siendo este el mecanismo legal previsto por el legislador para optar, previo el cumplimiento de los requisitos de la pensión de sobrevivientes la condición de compañera permanente del causante.

Surtido el término para alegar, procede la Sala a resolver el conflicto teniendo en cuenta las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

Esta Corporación tiene competencia para resolver el recurso de alzada y surtir el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 y se analizarán los derechos indiscutibles y ciertos a favor de la demandante.

Problema Jurídico.

El objeto de la litis en esta instancia, se reduce a establecer si la demandante MIRYAM GALVIS DE SEQUEDA cumplió los requisitos previstos en el art. 13 de la Ley 797 de 2003 para acceder al reconocimiento de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente del causante José Joaquín Pérez Rodríguez tal como fue alegado en la demanda, o por lo contrario, ésta no probó ser beneficiaria de la prestación, ante la falta de certeza respecto al presupuesto de la convivencia exigido en la norma como lo aseguró el Juez A quo.

Normatividad y jurisprudencia aplicable.

No existe discusión en que el señor Pérez Rodríguez (fecha de nacimiento 17 de septiembre de 1919-fl9-10 PDF00) gozaba de una pensión de vejez otorgada por CAJANAL hoy LA UGPP y que éste falleció el 14 de septiembre de 2008 (PDF00-fl. 13), y que la demandante con fecha de nacimiento 15 de noviembre de 1958 contaba con 49 años de edad al momento del fallecimiento; siendo la norma aplicable los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 y su modificación consagrada en los arts. 12 y 13 Ley 797 de 2003, que en lo pertinente y para el caso en estudio, señala como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, a la compañera permanente supérstite, siempre que tenga más de 30 años de edad y haya convivido con el causante no menos de cinco años continuos antes del fallecimiento del pensionado y/o afiliado.

Es importante resaltar, que la convivencia que se exige a la compañera permanente supérstite, debe verificarse en los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del pensionado o afiliado, esto por tratarse de una **situación de facto**, que a diferencia del vínculo matrimonial donde la separación de cuerpos no culmina las obligaciones conyugales, la cesación de la comunidad de vida en la unión marital de hecho tiene un efecto conclusivo de sus obligaciones y deberes personales y por ende, el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Convivencia y Solidaridad Efectiva.

A efectos de verificar el cumplimiento del **requisito de la convivencia**, se rememora que el vínculo marital o conyugal va más allá de la mera denominación formal que en el derecho de familia se le otorgue, o de eventos donde existan separaciones de cuerpos transitorias, siempre y cuando, sea por **motivos justificables**, puesto que, para garantizar dicha protección, lo INDISPENSABLE es DEMOSTRAR si entre la pareja perduraron esos «lazos afectivos,

sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja» Lo anterior, **excluye los encuentros pasajeros**, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida. (Ver Sentencia SL 1399-2018).

Criterio Material.

En este sentido, **el criterio material** del derecho a la pensión de sobrevivientes, se orienta a dar soporte y ayuda a los miembros del grupo familiar, ante la orfandad que proveía el mantenimiento económico del hogar que afecta directamente sus condiciones de vida; luego entonces, la función del operador judicial, está precedida de una **comprobación fáctica** para verificar que quien pretende el derecho, haya mantenido una **real convivencia y solidaridad afectiva**.

Libertad Probatoria.

Por otra parte, respecto a la demostración de la condición de compañera permanente y el término de la convivencia para los efectos de la pensión de sobrevivientes, el legislador ha reconocido a los jueces libertad probatoria para formar su convencimiento, por lo que, la persona que se crea beneficiaria de la prestación en calidad de compañera permanente o cónyuge supérstite, no se exige una declaración formal ante notario, ni por ninguna otra ritualidad, sino que tal deducción se asume por el devenir cotidiano de la pareja que comparte su vida con la intención de conformar una familia, en los términos del art. 42 de la CP.

Argumentos del Juez de primera instancia

Así las cosas, resulta pertinente recordar que el juez A quo decidió negar la sustitución pensional con fundamento en que las declaraciones extra procesales no demostraban los años de convivencia entre la parte actora y el pensionado exigidas en la normatividad aplicable, además, las manifestaciones dadas no cumplen con las circunstancias de modo, tiempo y lugar que logren certeza absoluta respecto al conocimiento de los hechos narrados.

Sobre este punto, se hace importante acudir a la norma procesal prevista en el art. 262 del C.G. del P., respecto a los **documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros**, en concordancia con lo señalado en el art. 222 del mismo compendio, puesto que, la parte demandante aportó las declaraciones rendidas ante notario y la parte pasiva no solicitó la respectiva ratificación.

Por ello, se hace importante aclarar que, el juez al valorar los documentos contentivos de las declaraciones extra juicio **debe aplicar las reglas de la sana crítica de un modo aún más riguroso que si estuviera valorando la prueba testimonial respectiva**, teniendo en cuenta que existe una menor intermediación entre el administrador de justicia y el medio de convicción. Por ello, debe realizar una lectura integral de todos los elementos contenidos en el escrito, verificar las condiciones personales del autor, así como la coherencia interna de sus dichos, la

ciencia del conocimiento que tiene sobre los hechos y la coherencia externa del documento con los demás medios de prueba que obren en el plenario (ver sentencias CSJ SL138-2020 y Consejo de Estado sección tercera, subsección B del 14 de diciembre de 2016 expediente No.37.772), todo ello, dentro del marco del principio de libre apreciación de la prueba del art. 61 del CPTSS.

Aclarado lo anterior, se procede a valorar las declaraciones rendidas bajo la gravedad de juramento ante el notario quinto del círculo de Cúcuta:

El señor **José Rafael Nocua** el día 12 de marzo de 2012, manifestó que conoce al señor José Ramiro Sequeda quien convive en unión marital con la señora Aura Castillo Villareal desde hace 12 años y aseguró que la sociedad patrimonial de hecho esta vigente; aseveró que la señora Miryam Galvis y el señor Sequeda no conviven desde hace 15 años y que la sociedad conyugal se encuentra vigente.

El señor José Ramiro Sequeda y la demandante Miryam Galvis manifestaron el 27 de marzo de 2012 que contrajeron matrimonio católico hace 35 años y que desde hace 15 años no conviven.

El señor **Gerardo Herrera Diaz** el día 11 de abril de 2011 ante el notario segundo del Circulo de Cúcuta y bajo la gravedad de juramento, manifestó que conoció al señor JOSE JOAQUIN PEREZ RODRIGUEZ durante 25 años, que le consta que convivió con la señora GALVIS DE SEQUEDA en unión marital de hecho durante 10 años antes del fallecimiento del primero, desde el año 1998 hasta el 14 de septiembre de 2008; aseguró que la compañera dependía económicamente del causante y que esta no recibe ninguna clase de beneficio pensional.

La señora **Ana Cecilia Sierra de Acevedo** el día 29 de marzo de 2011 ante el notario segundo del Círculo de Cúcuta y bajo la gravedad de juramento, manifestó que conoció al señor JOSE JOAQUIN PEREZ RODRIGUEZ desde hace 20 años, que le consta que convivió con la señora GALVIS DE SEQUEDA en unión marital de hecho durante 10 años antes del fallecimiento del primero, desde el año 1998 hasta el 14 de septiembre de 2008; aseguró que la compañera dependía económicamente del causante y que esta no recibe ninguna clase de beneficio pensional.

Decisión.

Así las cosas, al valorar las declaraciones rendidas extra juicio en el marco del principio de libre apreciación de la prueba del artículo 61 del CPTSS, para esta Sala no resultarían suficientes para acreditar los presupuestos previstos en la normatividad aplicable en aras de acceder a la sustitución pensional reclamada por la parte actora, ya que de su contenido no es posible acertar sin duda alguna, la relación que existe entre los declarante y la activa, tampoco existe relación de cercanía respecto al lugar de domicilio, aspecto que no logra certeza al juzgador para determinar la razón de su dicho; finalmente las declaraciones corresponden a un formato predeterminado, en el que se refieren de manera general y sin explicación razonable, sobre los años de convivencia, la existencia o no de una

relación de compañeros permanentes; todo ello, sin dar cuenta de circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y la forma de cómo llegó a su conocimiento, cuestiones que resultan de gran trascendencia al momento de acreditar el presupuesto tanto de la calidad de compañera permanente como de los años de convivencia al momento del fallecimiento del pensionado.

Bajo este panorama, para la Sala el formato de la declaración y la falta de explicación de la ciencia del conocimiento por parte de los declarantes, conduciría, como lo concluyó el Juez A quo, que las mismas no son suficientes para demostrar la convivencia en los últimos 5 años anteriores al deceso del causante; así mismo, tal documentación no evidencia el afecto mutuo que los caracterizaban como pareja, en nada demuestra necesariamente una convivencia de la pareja en los últimos años de vida del causante, por lo que, no gozan de suficiente valor probatorio para acreditar dicho presupuesto. Por otra parte, los declarantes omitieron explicar la razón de su dicho respecto a la ayuda económica recibida del causante a la demandante, por lo que, no satisfacen plenamente la razón de su conocimiento; razones más que suficientes para restarles fuerza demostrativa.

Conclusión.

Así las cosas, esta Sala de Decisión CONFIRMARÁ en todas sus partes la sentencia de primera instancia, respecto a que la demandante Miryam Galvis de Sequeda no cumplió con los requisitos previstos en el art. 13 de la Ley 797 de 2003 para acceder al reconocimiento de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente del pensionado José Pérez Rodríguez, ante la inexistencia de la demostración de una convivencia con características de lazos afectivos, apoyo solidaridad mutua y acompañamiento espiritual.

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

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,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el 21 de septiembre de 2021.

SEGUNDO: SIN CONDENAS en costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 04 de agosto de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO: ORDINARIO EN APELACIÓN
RAD. ÚNICO: 54-001-31-05-002-2016-00234-01
P.T.: 19334
DEMANDANTE: HENSY CAÑAS GAMBOA y
OTROS
DEMANDADO: INSE GROUP S.A.S

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se corre traslado a la parte apelante para que en el término de cinco (05) días proceda a presentar sus alegatos de conclusión, vencido lo cual correrá el término para alegar de la parte no apelante.

Se les recuerda a las partes que, los alegatos en segunda instancia deberán estar en consonancia con los concretos motivos de inconformidad señalados en el recurso de apelación, de conformidad con el 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 mencionada Ley, en caso de que las partes requieran acceso al expediente, podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secltscuc@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 de 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO : ORDINARIO EN APELACIÓN
RAD. ÚNICO: 54-001-31-05-002 2016-
00236701
P.T.: 19304
DEMANDANTE JAVIER MAURICIO
PIÑEROS PEÑALOZA
DEMANDADO: OPTIMIZAR SERVICIOS
TEMPORALES S.A. y FONDO NACIONAL
DEL AHORRO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se corre traslado a la parte demandante para que en el término de cinco (05) días proceda a presentar sus alegatos de conclusión, vencido lo cual correrá el término para alegar de la parte demandada.

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 mencionada 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 de 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

RAD: 54-001 31-05-02-2018- 00256-01

REF: ORDINARIO

P.T. No. 19966

DEMANDANTE: JANEI DELGADO BRICEÑO –CURADORA DEL SEÑOR OSCAR DE JESÚS HERNANDEZ

DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL UGP

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por la activa contra la providencia de fecha 03 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso de la referencia.

Ejecutoriado el auto que admite la apelación, se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 de la citada norma podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVER NARANJO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2018-00260-01

Partida Tribunal: 19.493

Juzgado: Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: Ibeth Yasneira Castillo Tarazona

Demandada (o): Henry Agustín Bermúdez Castillo

Tema: Contrato de Trabajo-Falta de Legitimación por pasiva

Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, tres (3) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 07 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-002-2018-00260-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 19.493 promovido por la señora IBETH YASNEIRA CASTILLO TARAZONA en contra de HENRY AGUSTÍN BERMÚDEZ CASTILLO en calidad de representante legal de la Institución Educativa denominada FUNDACIÓN EL CIRINEO DE TIBÚ.

I. ANTECEDENTES

La demandante, por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de HENRY AGUSTÍN BERMÚDEZ CASTILLO en calidad de representante legal de la Institución Educativa denominada FUNDACIÓN EL CIRINEO DE TIBÚ, pretendiendo que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 28 de abril de 2015 hasta el 29 de noviembre de 2015, en el cargo de licenciada en educación especial, con salario de \$2.000.000 mensual; que se declare el despido indirecto por causa imputable al empleador al no cancelar lo pactado como sueldo ni los aportes a la SSS integral; en consecuencia, se condene al empleador al pago de los sueldos pendientes correspondientes a los meses de junio y julio de 2015, al pago de las prestaciones sociales (cesantías, intereses, vacaciones, prima de servicios), a que sea condenada al pago de las sanciones moratorias prevista en los arts. 64 y 65 del CST, al pago de los aportes a la seguridad integral en pensión, salud y riesgos laborales y caja de compensación familiar, a la indexación, al uso de las facultades extra y ultra petita y que sea condenado en costas procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: que el 28 de abril de 2015 en el Municipio de Tibú suscribió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año hasta el 29 de noviembre de 2015 con el demandado HENRY AGUSTÍN BERMÚDEZ CASTILLO en calidad de representante legal de la Institución Educativa denominada FUNDACIÓN EL CIRINEO DE TIBÚ, en el cargo de “licenciada en educación especial”; que en el contrato de trabajo se estableció que el horario lo sería de acuerdo a las necesidades del servicio prestado, quedando excluido la regulación de la jornada máxima en tratándose de un cargo de dirección, confianza y manejo dentro de la Fundación. Que se estipuló un salario de \$2.000.000 mensual; que el demandado sólo canceló hasta el mes de mayo de 2015, adeudando los meses de junio y julio de 2015 sin causa alguna. Que presentó renuncia motivada y/o provocada conforme a la causal contenida en el numeral 8 literal b), artículo 62 del CST (despido indirecto). Que solicitó el pago de lo adeudado y hasta la fecha de presentación de la demanda el empleador no ha manifestado nada al respecto ni ha pagado los salarios ni prestaciones sociales; que nunca le realizó pago a la seguridad social en pensiones, que el empleador la afilió a salud el 29 de abril de 2015 y nunca le realizó aportes.

III. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La demanda fue contestada por CURADOR AD LITEM nombrado para representar al demandado HENRY AGUSTÍN BERMUDEZ CASTILLO, manifestó no constarle los hechos y se atiene a lo que se pruebe en el proceso, señaló que no es cierto que el demandado Henry Agustín Bermúdez suscribiera a título personal contrato de trabajo con la señora Ibeth Yasneira Castillo Tarazona, afirma que al no tener certeza sobre la veracidad del contrato de trabajo que se encuentra dentro del expediente, se atiene a lo que se pruebe dentro del proceso; se opone a que se tenga como prueba documental el extracto bancario presentado como anexo dentro del expediente, pues se desconoce si la asignación fue paga por otro medio de pago que no sea la transferencia bancaria.

Se opuso a todas las pretensiones incoadas, alegando que entre el Sr. HENRY AGUSTIN BERMUDEZ CASTILLO y la Sra. IBETH YASNEIRA CASTILLO TARAZONA no se suscribió ninguna relación contractual, si bien el Sr. BERMUDEZ CASTILLO es representante legal de FUNDACION EL CIRINEO DE TIBÚ, el contrato que suscribió no fue a título personal, fue en representación de la persona jurídica, *es por esto, que tanto la demanda como la pretensión se encuentra mal direccionada, pues las mismas buscan establecer la responsabilidad de HENRY AGUSTIN BERMUDEZ CASTILLO,*

y lo que debía perseguir es la responsabilidad de la persona jurídica FUNDACION EL CIRINEO DE TIBÚ.

Propuso como excepción de mérito la falta de legitimación en la causa por pasiva y como excepciones de fondo, la genérica, la inexistencia de la obligación y la prescripción.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 07 de septiembre de 2021, resolvió declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva solicitada por el curador ad litem del señor Henry Agustín Bermúdez Castillo, en consecuencia, lo absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora Ibeth Yasneira Castillo Tarazona, condenándola en costas procesales.

El juez a quo fundamentó su decisión en que, de las pruebas documentales aportadas por el demandante, se demostró que la suscripción de este vínculo laboral a término fijo y de manera escrita, se realizó fue con la persona jurídica FUNDACIÓN EL CIRINEO DE TIBÚ, persona totalmente diferente al demandado Henry Agustín Bermúdez Castillo, quien solamente se erige como representante legal de dicha persona jurídica; por lo que, concluyó que ante la inexistencia de pruebas adicionales en donde se acredite que la demandante Ibeth Yasneira Castillo Tarazona desarrolló labores como licenciada en educación especial en favor de la persona natural Henry Bermúdez Castillo, era procedente declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Que de conformidad con la ley 79 de 1988, ley 454 de 1998, y el artículo 633 del Código Civil, se faculta a las personas naturales para que representen a las personas jurídicas, *evento en el cual la misma actúa a través de su representante, que será quien lleve la representación de la persona jurídica y la obligue, mas no es este representante quien adquiere sus obligaciones.*

Sostuvo que, dentro del expediente, no se allegaron los estatutos de la Fundación EL CIRINEO DE TIBÚ, para advertir si los miembros que la componen o los miembros de la junta directiva o su junta de administración, se obligan en los mismos términos de la persona jurídica FUNDACIÓN EL CIRINEO DE TIBÚ, para que con ello se advierta que una posible obligación del demandado en esta oportunidad.

V. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada judicial de la demandante, interpone recurso de apelación contra la decisión anterior, considerando que de conformidad con la prueba documental allegada, se demostró la prestación del servicio de la demandante a favor del demandado reuniendo los requisitos del artículo 23 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, **porque así lo establece la cláusula primera del contrato que se allegó**, contrato en el que se establece puntualmente que se contrata los servicios personales como licenciada en educación especial, haciéndose referencia exclusivamente a la señora Ibeth Yasneira Castillo.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Una vez cumplido el término para presentar alegatos sin que las partes se pronunciaran al respecto (auto notificado por estado electrónico No.066, el 29 de junio de 2022, vencían los términos para las partes del 14 de julio de 2022), procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

En virtud del **principio de consonancia** consagrado en el artículo 66A del CST y de conformidad con lo manifestado por la parte demandante en su recurso de apelación, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003.

El problema jurídico que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si en el caso bajo análisis, se configuró o no, la falta de legitimación en la causa por pasiva de HENRY AGUSTÍN BERMÚDEZ CASTILLO en su condición de representante legal de la FUNDACIÓN EL CIRINEO DE TIBÚ; en consideración a la respuesta anterior, establecer si existen pruebas suficientes para demostrar la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante Ibeth Yasneira Castillo Tarazona en calidad de trabajadora y el señor Henry Agustín Bermúdez Castillo en calidad de empleador y por tanto tiene derecho aquel a percibir los derechos laborales solicitados en la demanda.

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.

Contrato de Trabajo.

Conforme al principio general de la carga de la prueba contemplado en el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual es aplicable a nuestro Procedimiento Laboral por integración normativa del artículo 145 del C.P.L.,

quien pretenda beneficiarse de los efectos jurídicos consagrados en una norma debe probar los supuestos de hecho consagrados en ella.

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

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

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

Lo anterior significa que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal a favor de la demandada, para que se presuma el contrato de trabajo y es a ésta última a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiada la operaria.

Legitimación en la causa por pasiva.

Se hace necesario recordar que la legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad de que la persona formule o contradiga las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo con interés en la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. Como se observa, las personas con legitimación en la causa, se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la parte pasiva, como demandado.

El art. 27 del C.P. del T. y de la S.S., establece cuáles son las personas contra quién se dirige la demanda y que por ende son las llamadas a responder por las obligaciones que en ella se reclaman, indicando textualmente al respecto que la demanda **se dirige contra el empleador o su representante legal**

cuanto éste tenga facultad para comparecer en juicio en nombre de aquél.

En este sentido puede suceder, por ejemplo, que se demande a una persona natural o jurídica que no fue el verdadero empleador del demandante, es decir que no fue parte en el negocio jurídico laboral que pactó el trabajador; aquí surge evidente la falta de legitimación de la parte demandada. Este vicio procesal es atacable mediante una excepción de mérito que puede denominarse “falta de legitimación en la causa de la parte demandada” la cual es diferente a la indebida representación ya que en este caso puede estar legitimada la parte, pero indebidamente representada.

Un ejemplo de lo anterior, está determinado en el art.32 del CST, que justifica como representantes del empleador y obligados a responder frente a sus trabajadores a las personas que ejercen funciones de dirección o administración y a los intermediarios que cumplan requisitos del art. 35 ibidem, representación ésta que no se extiende al plano judicial y que por lo tanto no da la oportunidad para señalarlos como representantes en las demandas que se incoen contra el empleador. Menos podrán ser demandados a título personal, pues no son las personas llamadas a responder por los derechos reclamados ya que no son titulares de las obligaciones correlativas. En otros términos, ellos no se encuentran legitimados en la causa, o lo que es lo mismo, carecen de personería sustantiva, pues repite la Sala, desde la interposición del líbello introductor, la parte actora debe identificar claramente que persona natural o jurídica ostenta la calidad de EMPLEADOR.

Los representantes constitucionales, legales o convencionales, en cambio, además de representar al empleador frente a sus trabajadores lo hacen también a nivel judicial y su presencia en vez de excluir la legitimación en la causa como requisito de la acción, lo afirma.

En concordancia con lo anterior, el inciso 3º del art. 54 del C.G. del P, dispone que *«las personas jurídicas comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos.»*

Cuando se demanda a una persona jurídica de derecho privado, se deberá acreditar no solo su existencia, sino su representación, por cuanto se debe demostrar con toda plenitud judicial, su propia personalidad y la personería de quienes la administran. Es por ello por lo que debe inscribirse en la correspondiente cámara de comercio el nombre de quien lleva la representación de la sociedad en la sucursal o agencia, para lo cual debe extenderse escritura pública, en la que se protocolizarán la prueba de existencia y representación de dichas personas jurídicas y el poder que se

confiere al gerente de la sucursal o agencia por parte del representante general de la empresa.

Caso en concreto.

En este asunto, la actora demandó al señor Henry Agustín Bermúdez Castillo en su condición de representante legal de la FUNDACIÓN EL CIRINEO DE TIBÚ, para que se declara que entre ellos existió un contrato de trabajo a término inferior a un año.

Con el fin de acreditar dicha relación, la demandante allegó al expediente, el contrato de trabajo visto a folios 7-13 del PDF00.



CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO
INFERIOR A UN AÑO
PERSONAL DE CONFIANZA MANEJO Y DIRECCION

NOMBRE DEL EMPLEADOR:	FUNDACION EL CIRINEO DE TIBU
NIT DEL EMPLEADOR:	900.297.342-3
REPRESENTADO POR:	HENRY AGUSTIN BERMUDEZ CASTILLO
DOMICILIO DEL EMPLEADOR:	Barrio Barco, Cra 13 N 12- 52
NOMBRE DEL TRABAJADOR:	IBETH YASNEIRA CASTILLO TARAZONA
CEDULA:	60.268.194 de Pamplona
DIRECCION	Cra 7 # 10-28 Barrio Divino Niño
OFICIO QUE DESEMPEÑA EL TRABAJADOR(A):	FISIOTERAPEUTA
FECHA DE INICIACION DE LABORES:	28 DE ABRIL DEL 2015
FECHA DE TERMINACION:	29 DE NOVIEMBRE DE 2015
LUGAR DONDE DESEMPEÑARA LAS LABORES:	Barrio El Carmen, Cra 7 N 7- 25.
CIUDAD DONDE HA SIDO CONTRATADO EL TRABAJADOR(A):	TIBU, NORTE DE SANTANDER.
SALARIO MENSUAL	\$2.000.000, 00

Entre los suscritos a saber: HENRY AGUSTIN BERMUDEZ CASTILLO, mayor y vecino de esta ciudad, identificado con cédula de ciudadanía 88.222.774 Expedida en Cúcuta, actuando en nombre y representación de la institución educativa denominada FUNDACION EL CIRINEO DE TIBU, domiciliada en esta ciudad, con NIT 900.297.342-3, y quien para todos los efectos legales en adelante se llamará EL EMPLEADOR y IBETH YASNEIRA CASTILLO TARAZONA, mayor y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía 60.268.194 de Pamplona, que para todos los efectos se denominará EL TRABAJADOR, hemos

Barrio El Carmen, Cra 7 N 7-25 Teléfono 962997 Tibú Norte de Santander

También aportó el certificado de existencia y representación de la FUNDACIÓN CIRINEO DE TIBÚ, en la que se acredita como persona jurídica organizada como entidad sin ánimo de lucro, con actividad principal la EDUCACIÓN PREESCOLAR, constituida por acta de asamblea del 28 de abril de 2009, en la que fue nombrado como miembro de Junta de administración al señor Henry Agustín Bermúdez Castillo y representante legal, situación que apenas indica su calidad de representante del empleador en los términos del artículo 32 del C.S. del T., lo cual no sule la obligación de la demandante de dirigir sus pretensiones en contra del empleador, en orden de demostrar el contrato frente a él y no frente a su representante.

Se itera lo dicho en precedencia, en el sentido de que el empleador bien puede ser una persona natural o una jurídica (sociedad, fundación, corporación etc.), en este último evento, tampoco puede confundirse el ente con sus asociados o representantes, como acontece en este asunto, en que éstos últimos comprometen la esfera patrimonial de su representado, no la propia del representante, a menos que el propio legislador le imponga a dicho representante la carga de soportar la calidad de empleador, situación que no es la que se ofrece en el nivel educativo a través de dicha fundación.

En esta situación especial, **cuando no está acreditada la legitimación material en la causa de alguna de las partes, el juzgador debe denegar las pretensiones elevadas en la demanda**, ya que el demandante carecería de un interés jurídico o el demandado no sería llamado a responder por las obligaciones que se le imputan.

Habida cuenta de lo anterior, se tiene que el contrato de trabajo alegado y que se pretende declarar mediante este proceso, **lo celebró la señora Ibeth Yasneira Castillo Tarazona con la FUNDACIÓN EL CIRINEO DE TIBÚ**, tal como consta en las pruebas documentales aportadas, por lo que no se le podrían atribuir al señor Henry Agustín Bermúdez Castillo como persona natural, las obligaciones que, como se alega, fueron adquiridas por una persona jurídica, en virtud de una aparente relación laboral.

Así las cosas, encuentra esta Sala que acertó el Juzgador de primer nivel, al DECLARAR PROBADA la excepción de fondo denominada falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el señor Curador Ad-litem de la parte demandada, absolviendo al señor Henry Agustín Bermúdez Castillo en su condición de representante legal de la FUNDACIÓN EL CIRINEO DE TIBÚ de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora Ibeth Yasneira Castillo Tarazona; lo que conlleva ineludiblemente a que la sentencia apelada en este caso sea CONFIRMADA.

Se condenará en costas en esta instancia por no haberle prosperado el recurso de alzada a la demandante según lo prevé el art. 365 del CGP, fijando como agencias en derecho la suma de \$400.000 a cargo de la parte actora señora Ibeth Yasneira Castillo Tarazona y a favor del demandado Henry Agustín Bermúdez Castillo conforme los dispone al Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

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,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 07 de septiembre de 2021, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la demandante por no haberle prosperado el recurso de alzada según lo prevé el art. 365 del C.G. del P., fijado como agencias en derecho la suma de \$400.000 a cargo de la demandante Ibeth Yasneira Castillo Tarazona y a favor del demandado Henry Agustín Bermúdez Castillo conforme los dispone al Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

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. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO: ORDINARIO EN APELACIÓN
RAD. ÚNICO: 54-001-31-05-002-2018-
00300-00
P.T.: 19352
DEMANDANTE: FREDDY ALONSO DÍAZ
PACHECO y OTRO
DEMANDADO: UNIÓN TEMPORAL
ALCANTARILLADO Y ACUEDUCTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se corre traslado a la parte demandante para que en el término de cinco (05) días proceda a presentar sus alegatos de conclusión, vencido lo cual correrá el término para alegar de la parte demandada.

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 mencionada Ley, en caso de que las partes requieran acceso al expediente, podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltsuc@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 de 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario



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

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO : ORDINARIO LABORAL
RAD. ÚNICO : 54-001-31-05-002-2018-00349-01
P.T. : 19908
DEMANDANTE : MANFRY ENRIQUE MANTEL RODRÍGUEZ
DEMANDADO : FREDDY DE JESÚS GUEVARA RODRÍGUEZ

**MAGISTRADO PONENTE:
DR. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

Realizado el examen preliminar, se admite el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 26 de mayo de 2022, en favor de la parte actora, toda vez que la decisión es adversa a sus pretensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2019-00143-01

Partida Tribunal: 19488

Juzgado: Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: Wilmer de Jesús Mejía Contreras

Demandada (o): VILLA CLAUDIA S.A.S. y MIQUIVIAL S.A.S.

Tema: Contrato de Trabajo

Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, tres (3) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 23 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-002-2019-00143-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 19488 promovido por el señor WILMER DE JESUS MEJÍA CONTRERAS en contra de las sociedades VILLA CLAUDIA S.A.S. y MIQUIVIAL S.A.S.

I. ANTECEDENTES

El demandante, por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de las sociedades VILLA CLAUDIA S.A.S. y MIQUIVIAL S.A.S., pretendiendo que se declare la existencia de un contrato de trabajo y la coexistencia de los mismos que se ha prolongado con el tiempo. Que se declaren solidariamente responsables de los aportes a la seguridad social dejados de cotizar por el señor Eduardo Mauricio Niño Bolaños desde el inicio de la relación 1994 hasta la sustitución patronal en el 2004. Que se reconozca la indexación del salario básico pactado en \$1.000.000 desde el 2004 hasta la actualidad. Que se declare factor salarial el valor promedio mensual de las comisiones de \$800.000 por venta y prestación de servicios. Que se condenen a pagar las prestaciones sociales correspondientes a los últimos 10 años de trabajo, al pago de los aportes a la seguridad social. Que se condenen a la sanción por el no pago oportuno de las prestaciones sociales y salarios, al pago de la sanción por no consignación de las cesantías, al uso de las facultades extra y ultra petita y al pago de las agencias en derecho.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: que celebró contrato de trabajo verbal con el señor Eduardo Mauricio Niño Bolaños en calidad de propietario de los establecimientos de comercio CHIVERA EL CANARIO y TRANSPORTES VELOMAX, desde junio de 1993, con salario de \$400.000 hasta 1997, desde 1998 hasta el año 1993 de \$1.000.000; que en el 2004 el señor Niño Bolaños adquirió la totalidad del capital accionario de la sociedad MAQUIVIAL S.A.S. y posteriormente VILLA CLAUDIA S.A.S.; que el señor Niño Bolaños en calidad de representante legal y accionista de las demandadas, lo vinculó configurándose la sustitución patronal prevista en el art. 67 del CST; que durante el transcurso de la relación laboral, le fueron asignadas funciones de administrador de bienes según lo prevé el art. 32 del CST; Que el objeto social de MAQUIVIAL S.A.S. entre otros, es el alquiler de maquinaria pesada y la sociedad VILLA CLAUDIA S.A.S. es la producción, explotación agrícola y pecuniaria de algunos predios; que en el 2004 pacto con el representante legal de las sociedades un salario mensual de \$1.500.000 mas comisiones del 3% por ventas de ganado y alquiler de maquinaria que en promedio fue de \$800.000; que nunca le cancelaron los aportes a la seguridad social ni prestaciones sociales a las que tiene derecho; que el 12 de julio de 2012 fallecieron el señor Niño y la señora Judith García representante y suplente de las sociedades demandadas; que desde el fallecimiento ha venido cumpliendo con sus obligaciones sin embargo, no le han pagado los salarios y pago de la seguridad social como consecuencia de disputas entre los herederos; que le adeudan salarios y prestaciones desde el 2014 y está en curso de la pensión sanción prevista en el art. 267 del CST.

III. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La apoderada judicial de las sociedades demandadas VILLA CLAUDIA y MEQUEVIEL S.A.S. respondió aceptando parcialmente los hechos y se opuso a todas las pretensiones, alegando que no existen fundamentos de hecho ni de derecho que llegaron a probar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y las demandadas, no existe sustento probatorio previstos en el art. 23 del CST; por lo que, no existe obligación alguna a cargo de las demandas. Asegura que el demandante celebró negocios a título personal con el señor NIÑO BOLAÑOS, inicialmente se dedicaba a la venta de gasolina y era quien abastecía el combustible que requerían los vehículos y máquinas de la sociedad MAQUIVIAL S.A.S., a tal punto que lo incluyó como socio de la sociedad. Que es cierto que el actor no fue nunca incluido en nómina ni aparece cotizando aportes a salud, pensiones dentro de la contabilidad de las empresas por cuanto no existía vínculo laboral. Que el señor Niño Bolaños no era único socio y las decisiones adoptadas en los asuntos mercantiles de las sociedades en los establecimientos de comercio de propiedad de las mismas, las realizó la sociedad con la participación de los socios. Propuso como excepciones de fondo, la inexistencia de la obligación, la mala fe del demandante, la inexistencia de la obligación de

indemnizar conforme a las sanciones del ar. 65 del CST; el cobro de lo no debido, la carencia de la acción, la prescripción.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 23 de agosto de 2021, resolvió Declarar como probadas las excepciones de mérito planteadas por las entidades demandadas VILLA CLAUDIA S.A.S. y MAQUIVIAL S.A.S. que denominó inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. En consecuencia, las absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor Wilmer de Jesús Mejía Contreras, condenando al actor en costas procesales.

El juez a quo fundamentó su decisión en que, de las pruebas documentales aportadas por el demandante, lo único que se logra acreditar es la existencia y representación legal de las sociedades demandadas, la propiedad de los establecimientos comerciales que se pueden sustraer de dichos certificados de existencia y representación legal y el fallecimiento de dos personas naturales, sobre éstas últimas no se dirigió la demanda, sino exclusivamente en contra de cada una de las hoy demandas.

El Juez A quo analizó cada una de las declaraciones extraprocesales rendidas ante notario y traídas por el demandante, de los señores Pedro Enrique Galvis Peña, Nelson Enrique Márquez y Lidia Niño Ramírez, determinando que las mismas no le brindaban certeza y no demostraban la prestación del servicio por ser incongruentes en algunas manifestaciones, además, encontró que no reúnen lo previsto en el numeral 3 del artículo 221 del Código General del Proceso, esto es, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, para adquirir tal conocimiento en su declaración.

Advirtió textualmente, *“...ante la ausencia de prueba en concreto sobre la prestación personal del servicio, el despacho no puede hacer uso de la presunción legal contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo Laboral, para con ello presumir o entender que la relación de trabajo se encontraba regida por un contrato de trabajo entre las partes...”*.

Así mismo, señaló que *más allá de esta falta o ausencia probatoria de la parte demandante en acreditar la prestación personal del servicio*, la parte demandada allegó prueba en contrario, que permite evidenciar la cercanía del demandante con las entidades demandadas no como trabajador sino **como accionista de las mismas**, a partir del año 2004, esto se corroboró con los documentos acercados a **folios 123**, lo cual corresponde a una escritura pública de transformación de la sociedad MAQUIVIAL SAS del 26 de noviembre del año 2004, en donde se advierte que el demandante es

accionista de la misma con 10 acciones; a **folio 162** se evidencia acta de reunión de socios de MAQUIVIAL SAS del 24 de noviembre del año 2004, en donde asistió el demandante y se aprobó los estatutos, así como la transformación de la sociedad; a **folio 190** Certificado de Cámara de Comercio, en donde el demandante fue inscrito como accionista o se conoce de esa manera; a **folio 195** acta de reunión transformación de VILLA CLAUDIA SAS de sociedad limitada a sociedad por acciones simplificada, acta de reunión del 28 de octubre del año 2009, en donde el demandante asistió como accionista y es reconocido con 10 acciones; informe pericial proceso de guarda o curaduría ante el Juzgado Segundo de Familia de Cúcuta, conforme lo hizo a **folio 221** del plenario, en donde el demandante es reconocido como accionista al interior del mismo, acta de reunión de MAQUIVIAL SAS del 27 de septiembre del año 2017 y 9 de octubre del año 2017, en donde se advierte igualmente que el demandante asistió a dichas reuniones.

Afirmó que el contenido de los anteriores documentos, fueron ratificados en el interrogatorio absuelto por el demandante, donde confiesa que hacía parte como accionista de la entidad demandada y que inclusive se le reconocieron diferentes emolumentos o pagos por ventas de bienes de las entidades accionadas, que se corrobora con los recibos de pago aportados por las demandadas.

V. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado judicial del demandante, interpone recurso de apelación contra la decisión anterior, manifestando que con las declaraciones extra proceso se demostró la prestación del servicio debiéndose aplicar lo previsto en el art. 24 del CST respecto a la presunción legal que debía ser desvirtuada por el empleador; además, asegura que se probó efectivamente la concurrencia en calidad de trabajador y de accionista; que de las pruebas no se puede concluir que el actor concurrió en calidad de socio industrial, porque realizaba una obligación de hacer, de aportar el trabajo y el conocimiento, *ello no le impide para que en calidad de accionista capitalista funja como trabajador de la sociedad.*

Afirmó que de las declaraciones se constató que el actor siguió ejerciendo actividades como la administración de bienes propios, el cuidado de los animales y siguió pagando y administrando el personal de las fincas posterior a la muerte del señor Eduardo Niño; que a pesar del fallecimiento del señor Eduardo Niño, quedaron las obligaciones laborales y el contrato de trabajo vigente.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Una vez cumplido el término para presentar alegatos sin que las partes se pronunciaran al respecto (auto notificado por estado electrónico No.066, el 29

de junio de 2022, vencían los términos para las partes del 14 de julio de 2022), procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

En virtud del **principio de consonancia** consagrado en el artículo 66A del CST y de conformidad con lo manifestado por la parte demandante en su recurso de apelación, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003.

El problema jurídico que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si existen pruebas suficientes para demostrar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante Wilmer de Jesús Mejía Contreras en calidad de trabajador y las empresas demandadas VILLA CLAUDIA S.A.S. y MIQUIVIAL S.A.S. en calidad de empleadoras y por tanto tiene derecho aquel a percibir los derechos laborales solicitados en la demanda.

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.

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

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

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

Igualmente es preciso mencionar la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., según la cual, demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, no es necesario acreditar la continuada subordinación

jurídica ya que tal presunción le impone la carga al supuesto empleador de desvirtuarla, a través de la evidencia allegada al proceso.

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

«...para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del C. S del T., que para un caso como el que ocupa la atención de la Sala, sería en su versión posterior a la sentencia de la Corte Constitucional C-665 del 12 de noviembre de 1998 que declaró inexecutable su segundo inciso, esto es, en los términos vigentes para el momento de la ruptura del vínculo (1° de marzo de 1999) que consagró definitivamente que “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. Lo anterior significa, que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario».

Lo anterior significa que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal a favor de la demandada, para que se presuma el contrato de trabajo y es a ésta última a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiada la operaria, demostrando el carácter autónomo e independiente de los servicios prestados.

PRESTACION PERSONAL DEL SERVICIO

En ese orden de ideas, le corresponde a la Sala recurrir a las probanzas traídas a los autos con el fin de establecer, en primer lugar, si en el sub-examine el demandante logró probar la prestación personal del servicio a favor de las sociedades VILLA CLAUDIA S.A.S. y MIQUIVIAL S.A.S., con el fin de que, para su beneficio, sea invertida la carga de la prueba y le corresponda a la pasiva desvirtuar la presunción de que trata el artículo 24 del CST, demostrando el carácter autónomo e independiente en la actividad desarrollada por el demandante.

Revisando entonces el expediente, se observa que de la documental aportada con el libelo demandatorio, en principio no da cuenta de la prestación personal del servicio por parte del demandando ya que únicamente se aportaron: los certificados de existencia y representación legal de las sociedades demandadas, el certificado de libertad y tradición de la empresa VILLA CLAUDIA S.A.S. y el registro de defunción de dos de los socios de las demandadas, sin embargo, el punto de debate por parte del recurrente, está orientado a demostrar la prestación del servicio mediante las declaraciones extra juicio rendidas ante notario por parte de los señores

Pedro Enrique Galvis Peña, Nelson Enrique Márquez Valderrama y la señora Lilia Niño Ramírez, las cuales fueron analizadas por el Juez A quo quien concluyó que eran incoherentes, incongruentes y que no lograban demostrar la prestación del servicio a favor de las demandadas, por lo que, se procederá al análisis de las mismas.

Sobre este punto, se hace importante acudir a la norma procesal prevista en el art. 262 del C.G. del P., respecto a los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros, en concordancia con lo señalado en el art. 222 del mismo compendio, puesto que, la parte demandante aportó las declaraciones rendidas ante notario y la parte pasiva no solicitó la respectiva ratificación.

Por ello, se hace importante aclarar que, el juez al valorar los documentos contentivos de las declaraciones extra juicio debe aplicar las reglas de la sana crítica de un modo aún más riguroso que si estuviera valorando la prueba testimonial respectiva, teniendo en cuenta que existe una menor inmediación entre el administrador de justicia y el medio de convicción. Por ello, debe realizar una lectura integral de todos los elementos contenidos en el escrito, verificar las condiciones personales del autor, así como la coherencia interna de sus dichos, la ciencia del conocimiento que tiene sobre los hechos y la coherencia externa del documento con los demás medios de prueba que obren en el plenario (ver sentencias CSJ SL138-2020 y Consejo de Estado sección tercera, subsección B del 14 de diciembre de 2016 expediente No.37.772), todo ello, dentro del marco del principio de libre apreciación de la prueba del art. 61 del CPTSS.

Aclarado lo anterior, se procede a valorar las declaraciones rendidas bajo la gravedad de juramento ante el notario segundo del círculo de Cúcuta el día 06 de febrero de 2017, en las que, las únicas manifestaciones diferentes son:

El señor **Pedro Enrique Galvis Peña** aseguró estar domiciliado en el Barrio de San Luis y ejercer el oficio de conductor, aseguró que conoce al actor desde hace 35 años y que trabajaron en el año 1993 con la empresa de Transporte VELOMAX de propiedad del señor Eduardo Mauricio Niño Bolaños.

El señor **Nelson Enrique Márquez Valderrama** dice estar domiciliado en el Anillo Vial Occidente Conjunto Rincón del Rodeo y ejercer el oficio de operario de maquinaria, asegurando conocer al actor de vista y trato desde hace 15 años y que le consta que el señor Wilmer Mejía estuvo vinculado como empleado del señor Eduardo Mauricio Niño en la empresa Transporte VELOMAX.

Y la señora **Lilia Niño Ramírez** quien manifestó que vivía en el Anillo vial oriental Conjunto Cerrado Santillana, que es ama de casa y que conoce al actor desde hace 25 años, que es ama de casa y que le consta que el señor

Wilmer Mejía fue empleado del señor Eduardo Mauricio Niño desde el año 1994 con la empresa CHIVERA EL CANARIO que tenía como objeto social la recuperación de materiales y posteriormente con la empresa TRANSPORTES VELOMAX de propiedad del señor Niño.

Por lo demás, las manifestaciones restantes corresponden a un formato predeterminado, en el que se refieren de manera general e imprecisa que:

“Para el año 2004 el señor Eduardo Mauricio Niño Bolaños lo vinculó como empleado de las sociedades MAQUIVIAL S.A.S. e INVERSIONES VILLA CLAUDIA S.A.S. cuando adquirió la propiedad de dichas sociedades. La sociedad MAQUIVIAL tenía por objeto la prestación de los servicios de alquileres de maquinaria pesada, en tanto que la sociedad INVERSIONES VILLA CLAUDIA S.A.S. tenía por objeto la producción agrícola y pecuaria. Me consta que el señor WILMER DE JESÚS MEJÍA CONTRERAS era la mano derecha y persona de confianza del señor EDUARDO MAURICIO NIÑO BOLAÑOS, quien además de ser el accionista de las sociedades, era el Representante Legal de estas. Que el señor WILMER DE JESÚS MEJÍA CONTRERAS era la persona que los trabajadores reconocían como el administrador de los bienes de las sociedades y representante del EMPLEADOR, quien contrataba el personal, decidía sobre la terminación o continuidad de los contratos de trabajo, impartía órdenes al personal, operativo que laboraba en las Sociedades. Que posterior a la muerte del señor EDUARDO MAURICIO NIÑO BOLAÑOS, ocurrida en el mes de julio de 2012, ha continuado con las labores habituales de administrador de los bienes representante patronal de las sociedades antes mencionadas, en el sentido de contratar los mayordomos de las fincas, celadores y jornaleros...”

Por otra parte, en el interrogatorio absuelto por el demandante, éste manifestó bajo la gravedad de juramento que, actualmente no se encuentra laborando, que prestó sus servicios para el señor Eduardo Niño hasta el 2012 y 2013 cuando falleció; que estuvo 5 años después de la muerte en las fincas MAQUIVIEL y VILLA CLAUDIA cuidándolas pero que sólo recibió un año de pago de salario, que recibía una paga de \$1.800.000 y un porcentaje de \$500 por cada kilo de cerdo; aseguró que “*el patrón lo puso de socio...*”, que le pagaban \$1.800.000 y \$500 por cada kilo de cerdo que vendía, que nunca fue registrado en nómina, asegura que recibió pago como socio por ventas de inmuebles que se han vendido luego del fallecimiento del señor Niño pero que hasta el momento no le han pagado. Afirmó que en el año 2013 la empresa dejó de realizar las actividades, pero él se quedó cuidando de la finca hasta que se vendió el ganado y los inmuebles; finalmente, a las siguientes preguntas formuladas, respondió:

APODERADO PARTE DEMANDADA: *¿Manifiéstele al despacho que dineros ha recibido de MAQUIVIAL SAS y VILLA CLAUDIA SAS?*

Demandante: *De MAQUIVIAL me dieron 75 millones, de VILLA CLAUDIA recibí 12 millones que me dio la doctora y un apartamento que me tocó que recibirlo por 105 millones, ahí son 140 y pico de millones que ella me tiene que dar y está es la hora que no me han dado plata, ya va más de dos años, yo llamo, hablé con el hijo y que está semana me daba, la doctora no se comunica; entonces yo necesito ya terminar esto.*

JUEZ: *Responda la pregunta ¿en qué calidad recibió usted esos dineros?*

Respondió: *Por accionista.*

Por último, no se practicaron más declaraciones ya que los testigos decretados por el Juez A quo no fueron allegados a la audiencia.

Decisión.

Así las cosas, al valorar las declaraciones rendidas extra juicio en el marco del principio de libre apreciación de la prueba del artículo 61 del CPTSS, las mismas, tal y como lo concluyo el A quo no resultan suficientes para acreditar la prestación personal del servicio del demandante Wilmer de Jesús Mejía Contreras a favor de las sociedades demandadas VILLA CLAUDIA Y MAQUIVIAL S.A.S., pues las manifestaciones de los señores Pedro Enrique Galvis Peña, Nelson Enrique Márquez Valderrama y la señora Lilia Niño Ramírez José Armando Rodríguez Peraza, señalaron en principio, los años que cada uno conocían de visto y trato al actor, y sólo el primero de ellos manifestó que había trabajado con él por espacio de un año en el año 1993, los demás, no señalaron las circunstancias que rodearon el eventual conocimiento del demandante ; tampoco existe relación de cercanía respecto al lugar de domicilio, aspecto que no logra certeza al juzgador para determinar la razón de su dicho; finalmente las declaraciones corresponden a un formato predeterminado, en el que se refieren de manera general y sin explicación razonable, sobre el año exacto en que el actor presuntamente se vinculó con las sociedades demandadas, señalan el objeto social de cada una de las demandadas y afirman que conocen las funciones que desempeñaba el demandante a favor de las demandadas ante y después del fallecimiento del señor Niño Bolaños; todo ello, sin dar cuenta de circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y la forma de cómo llegó a su conocimiento, cuestiones que resultan de gran trascendencia al momento de acreditar el presupuesto de la prestación personal del servicio.

Bajo este panorama, para la Sala el formato de la declaración y la falta de explicación de la ciencia del conocimiento por parte de los declarantes, conduciría, como lo concluyó el Juez A quo, a la inexistencia de un vínculo de trabajo entre las partes, ya que no fue probado uno de los elementos esenciales del mismo, cual es la prestación personal del servicio del actor a favor de las sociedades demandadas VILLA CLAUDIA Y MAQUIVIAL S.A.S., no habiendo la parte activa cumplido con su deber probatorio respecto del mismo existiendo en el proceso una orfandad probatoria que lleva a CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 23 de agosto de 2021, en cuanto ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Se condenará en costas procesales de segunda instancia a cargo del demandante por no haberle prosperado el recurso de alzada, fijando como agencias en derecho la suma de \$200.000 a favor de cada una de las sociedades demandadas VILLA CLAUDIA S.A.S. Y MIQUIVIAL 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 y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 21 de agosto de 2021, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia al demandante por no haberle prosperado el recurso de alzada según lo prevé el art. 365 del C.G. del P., fijado como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo del demandante WILMER DE JESUS MEJÍA CONTRERAS y a favor de cada una de las demandadas VILLA CLAUDIA S.A.S. y MIQUIVIAL S.A.S. conforme al Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2019-00143-01
Partida Tribunal: 19488
Juzgado: Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta
Demandante: Wilmer de Jesús Mejía Contreras
Demandada (o): VILLA CLAUDIA S.A.S. y MIQUIVIAL S.A.S.
Tema: Contrato de Trabajo
Asunto: Apelación de Sentencia

Nidia Belén Quintero Gélves

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 04 de agosto de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO : ORDINARIO EN APELACIÓN
RAD. ÚNICO : 54-001-31-05-002-2019-00221-01
P.T. : 19897
DEMANDANTE : JOSÉ ALVARO ORTEGA LEAL
DEMANDADO : COLPENSIONES

**MAGISTRADO PONENTE:
DR. ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

Realizado el examen preliminar, se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 25 de abril de 2022, dictado dentro del el expediente de la referencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Juzgado Segundo Laboral Circuito de
Cúcuta
Rad. Juzgado: 54 001 31 05 002 2020-0010
Partida Tribunal: 19810
Demandante: JORGE HUERTAS MORENO
Demandada(o): ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se corre traslado a la parte apelante para que en el término de cinco (05) días proceda a presentar sus alegatos de conclusión, vencido lo cual correrá el término para alegar de la parte no apelante.

Se les recuerda a las partes que, los alegatos en segunda instancia deberán estar en consonancia con los concretos motivos de inconformidad señalados en el recurso de apelación, de conformidad con el 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 mencionada Ley, en caso de que las partes requieran acceso al expediente, podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secltsuc@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 de 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO : ORDINARIO EN APELACIÓN Y
CONSULTA
RAD. ÚNICO: 54-001-31-05-002-2020-00285-01
P.T.: 19833
DEMANDANTE: PABLO ANTONIO
GONZALEZ AFANADOR
DEMANDADA: COLPENSIONES y
PROTECCIÓN S.A.

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se corre traslado a la parte apelante para que en el término de cinco (05) días proceda a presentar sus alegatos de conclusión, vencido lo cual correrá el término para alegar de la parte no apelante.

Se les recuerda a las partes que, los alegatos en segunda instancia deberán estar en consonancia con los concretos motivos de inconformidad señalados en el recurso de apelación, de conformidad con el 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 mencionada 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 de 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario

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

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO : ORDINARIO EN APELACIÓN Y CONSULTA
RAD. ÚNICO : 54-001-31-05-003-2018-00318-01
P.T. : 19913
DEMANDANTE : CARLOS ULISES CAMACHO FUENTES
DEMANDADA : COLPENSIONES

MAGISTRADO PONENTE:
DR. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Realizado el examen preliminar, se ordena dar trámite al grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha dieciséis (16) de junio de 2022 en cuanto fue adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones , conforme a lo dispuesto por la honorable Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, en providencia de fecha 23 de julio de 2014, radicación AL40800-2014 (60.884), siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Se admite también el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones respecto de la misma sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO : ORDINARIO EN APELACIÓN
RAD. ÚNICO : 54-001-31-05-003-2019-00146-01
P.T. : 19903
DEMANDANTE : ARELYZ YOVANNA MARTINEZ URRAYA
DEMANDADO : COMPAÑIA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A.
SERDAN S.A., BAVARIA S.A., SEGUROS DEL ESTADO

**MAGISTRADO PONENTE:
DR. ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

Realizado el examen preliminar, se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 27 de mayo de 2022, dictado dentro del el expediente de la referencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO: ORDINARIO EN APELACIÓN
RAD. ÚNICO: 54-001-31-05-003 2019-00335 01
P.T.: 19591
DEMANDANTE: CARMEN CECILIA
CALDERON y RAFAEL GALVIS
DEMANDADO: AXA COLPATRIA SEGUROS
DE VIDA

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se corre traslado a la parte apelante para que en el término de cinco (05) días proceda a presentar sus alegatos de conclusión, vencido lo cual correrá el término para alegar de la parte no apelante.

Se les recuerda a las partes que, los alegatos en segunda instancia deberán estar en consonancia con los concretos motivos de inconformidad señalados en el recurso de apelación, de conformidad con el 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 mencionada 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 de 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario



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

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO : ORDINARIO EN APELACIÓN
RAD. ÚNICO : 54-001-31-05-003-2020-00170-01
P.T. : 19914
DEMANDANTE : MARIA ANGELICA URAZAN BONELLS
DEMANDADO : CLINICA SANTA ANA

MAGISTRADO PONENTE:
DR. ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Realizado el examen preliminar, se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha dieciséis (16) de junio de 2022, dictado dentro del el expediente de la referencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-003-2020-00327-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19465
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: JORGE LATORRE
DEMANDADO: COLPENSIONES
TEMA: INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE VEJEZ
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA

DR. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

San José de Cúcuta, tres (3) de agosto de dos mil veintidós (2022)

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, procede a resolver el recurso de alzada interpuesto por el actor contra la sentencia de fecha 02 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral, con radicado interno No. 54-001-31-05-003-2020-00327-00 y Partida del Tribunal No. 19465 promovido por el señor JORGE LATORRE a través de apoderado judicial, contra COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES.

El demandante a través de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES para que se condene al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de vejez correspondiente a las 513 semanas de cotización la cual es compatible con la pensión devengada por medio del Departamento de Magdalena, Gobernación de Norte de Santander (sic), al pago de la indexación, uso de las facultades extra y ultra petita y las costas procesales.

II. HECHOS:

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Que nació el 11 de noviembre de 1955 cumpliendo los 64 años al momento de la presentación de la demanda; que prestó sus servicios como chofer (siendo el último cargo desempeñado) en el Departamento Norte de Santander por un tiempo comprendido entre 23 de febrero de 1979 al 20 de julio de 2000, cumpliendo un tiempo de 21 años 4 meses y 24 días. Que mediante resolución 0010 de 24 de febrero de 2009 la Gobernación de Norte de Santander, reconoció a través de orden de fallo judicial, la pensión de jubilación que establece el parágrafo del artículo 35 de la convención colectiva de trabajo. Que realizó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida del sector privado por

medio del empleador TRANSPORTADORES TONCHALA S.A. en el periodo comprendido de 01 de junio de 2001 hasta 21 de junio de 2011 de manera ininterrumpida. Que solicitó el día 14 de noviembre de 2017 ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES el pago de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez y mediante acto administrativo SUB 272281 de 28 de noviembre de 2017, resolvió negar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez solicitada, motivando la decisión en el artículo 128 constitucional que establece: *“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.”*

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó la demanda, admitió los hechos y se opuso a todas las pretensiones, manifestando que el señor JORGE LATORRE percibe una pensión de jubilación reconocida por el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER, siendo esta incompatible con lo pretendido según lo señala el art. 128 de la CP y el art. 19 de la Ley 4ª de 1992, pues nadie puede recibir doble asignación del Tesoro Público. Propuso como excepciones de fondo, la inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir, improcedencia de los intereses moratorios y la indexación, la buena fe, el cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, la legalidad de los actos administrativos, imposibilidad de pago de costas procesales, la prescripción y la innominada.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia del **02 de febrero de 2021**, declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante JORGE LATORRE la indemnización sustitutiva de vejez de conformidad con el art. 37 de la Ley 100 de 1993 teniendo como base las semanas cotizadas con el empleador TRANSPORTES TONCHALÁ S.A., desde el 01 de junio de 2001 hasta el 30 de junio de 2011, la cual se liquidara conforme el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, y deberá ser indexada al momento de su pago. Igualmente, la condenó en costas procesales.

La Juez A quo al revisar las pruebas documentales aportadas al plenario en especial la historia laboral, la fecha de nacimiento del demandante, la resolución 0010 del 24 de febrero de 2009, junto con la reclamación administrativa de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez señaló que, el actor cumple con los requisitos previstos en el art. 37 de la Ley 100 de 1993, que la pensión de jubilación de naturaleza convencional que devenga es pagada por el DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER por tiempos prestados en el sector público, por lo tanto, no tiene ninguna injerencia con los aportes que realizó el demandante en el sector privado a COLPENSIONES, con el empleador TRANSPORTE TRANSTONCHALA desde el 21 junio 2001 – 21 julio 2011, los cuales son computables para efecto de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la cual tiene derecho el

demandante según lo establecido art. 37 de la Ley 100 de 1993, por tal razón consideró que no son de recibo los argumentos de COLPENSIONES.

Para tomar la decisión anterior trajo a colación sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral SL5292/14, SL4538/18, SL536/18 SL712/18; por último, estableció conforme a la sentencia SL4559/19 que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es IMPRESCRIPTIBLE.

V. ARGUMENTOS DE LOS RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación manifestando que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez, porque no cumple con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico, además, aseguró que el acto administrativo SUB 272285/2020 (sic) en el que se decidió negar la prestación económica, fue debidamente sustentado en la norma aplicable y los pronunciamientos jurisprudenciales, gozando éste de la presunción de legalidad. Por último, insistió en la declaración de la excepción de fondo de prescripción conforme a los art. 488 del CST y 151 del CPT y SS.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

COLPENSIONES a través de su apoderado judicial ratificó los argumentos del recurso de alzada, insistiendo que existe incompatibilidad entre el tipo de beneficios prestacionales por las contingencias derivadas por vejez, invalidez o muerte, dado que el sistema pensional propende por ser integral, único y universal, cuya caracterización se ve reflejada en no permitir que sea procedente que un mismo beneficiario tenga acceso al mismo tiempo a dos pensiones que por su naturaleza cubren el mismo riesgo, sin hacer distinción de la entidad pensional del Sistema General de Pensiones a la cual se encuentre afiliado.

Concluido el termino para los alegatos de segunda instancia, se procede a resolver el asunto, conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

Esta Sala es competente para resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta conforme a lo consagrado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que modificó el 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Conforme a lo anterior, **el problema jurídico** se reduce a establecer si la Juez A quo se equivocó al determinar que COLPENSIONES estaba en la obligación de reconocer y

pagar la Indemnización sustitutiva de pensión vejez a favor del demandante JORGE LATORRE por ser **compatible** con la pensión de jubilación convencional reconocida por el DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER obtenidas por tiempos laborados en el sector oficial; de ser favorable al demandante, verificar si operó la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

HECHOS ACREDITADOS. Descendiendo al caso en mención y conforme a las pruebas documentales allegadas al proceso, se tienen acreditados los siguientes hechos:

1. Que el señor Jorge Latorre nació el 11 de noviembre de 1955, según la cédula de ciudadanía vista a folio 21 del cuaderno de primera instancia.
2. Que la GOBERNACIÓN DE NORTE DE SANTANDER mediante **resolución No. 0010 del 24 de febrero de 2009** reconoció al actor la pensión de jubilación convencional arts. 35, 36 y 37 de la CCTV ordenada por vía judicial a partir del **1º de febrero de 2009**, por acreditar 21 años, 4 meses y 24 días de servicio público, en el periodo del 26 de febrero de 1979 al 20 de julio de 2000 (fls.16-21 del expediente).
3. Que según historia laboral de pensiones actualizada el 18 de julio de 2020, cotizó un total de 667.43 semanas al RPMPD, de las cuales, corresponden al sector privado con la empresa TRANSTONCHALA a un total de 513.14 semanas desde el 21 de junio de 2001 hasta el 21 de junio de 2011 (fls.5-10 expediente).
4. Que el 14 de noviembre de 2017 el actor solicitó en instancia administrativa, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez ante COLPENSIONES, quien a través de resolución SUB 272281 del 28 de noviembre de 2017 notificada el 4 de diciembre de 2017, negó el reconocimiento de la prestación económica con fundamento en el art. 128 de la Constitución Política y la Ley 549 de 1999 (fls.11-15 y 101-109 del expediente).
5. La demanda ordinaria laboral fue interpuesta el 12 de agosto de 2020 según se observa a folio 32 del expediente.

COMPATIBILIDAD.

Al respecto, establece el artículo 128 de la Constitución Política que: “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

Consagra el anterior precepto constitucional la imposibilidad de (I) desempeñar más de

un empleo público y (II) percibir más de una asignación que provenga del (a) tesoro público o (b) de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

Por otra parte, el literal m) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, expresamente establece que *“los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que lo administran”*; es claro, entonces, que hoy y dentro del Sistema General de Pensiones, no se puede afirmar que las pensiones reconocidas por los fondos de pensiones o por el ISS, financiadas en todo o en parte con los aportes o cotizaciones de índole parafiscal obligatoria pagados por entes públicos a dichos fondos o al ISS, constituyen asignaciones provenientes del tesoro público, pues una vez pagadas dichas cotizaciones patronales en cumplimiento de ese deber legal, los recursos son del Sistema y no pertenecen ni a la Nación ni a las entidades que los administran. Con tales aportes, las entidades públicas satisfacen un deber legal respecto de sus servidores y, por consiguiente, los recursos salen de su patrimonio e ingresan al sistema general de pensiones, refundiéndose con todos los demás recursos del mismo sistema, los cuales, si bien tienen naturaleza pública por provenir de una contribución parafiscal, no son propiedad de ninguna entidad.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha señalado en la sentencia SL5451 del 29 de abril de 2015 radicado No. 57201, MP. Doctor Luis Gabriel Miranda Buelvas, en la que ratificó la sentencia SL4413 del 2 de abril de 2014 radicado No. 44825 lo siguiente:

“Por tanto, así como la jurisprudencia ha determinado la compatibilidad de la percepción simultánea de una pensión sufragada con dineros estatales con una otorgada por el ISS, así también podría considerarse que resultaría compatible la de un salario de empleado público (caso de la actora) con la pensión de vejez del ISS a la que tenga derecho por haber cumplido los requisitos de tiempo y edad, sin requerirse el retiro del servicio, para su disfrute, por esta sola circunstancia, ya que no se estaría en presencia de la percepción de dos asignaciones provenientes del Tesoro Público, ni del ejercicio simultáneo de más de un empleo estatal, pues quien tiene la calidad de pensionado del ISS (administrador de fondo de pensiones) no ostenta carácter de servidor público, aunque los aportes pensionales hubiesen provenido de dineros oficiales”.

En el mismo sentido, la CSJ en sentencia SL4531 del 15 de octubre de 2014 con M.P doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo señaló:

“De la misma manera y frente a las pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales, se estimaba que aplicaba la incompatibilidad de percibir la pensión con los salarios, porque los dineros que administraba la entidad de seguridad social, tenían naturaleza pública en virtud del carácter de la entidad, primero como establecimiento público y luego como Empresa Industrial y Comercial del Estado.

Sin embargo, con la llegada del sistema general de pensiones regulado por la L. 100/1993, y la forma como se diseñó la financiación del fondo común administrado por

el Instituto de Seguros Sociales, la que se estructuró sobre la base de contribuciones bipartitas de empleadores y trabajadores, dejando por fuera al Estado, se han ido desfigurando las incompatibilidades de percibir mesadas y salario, inclusive se ha posibilitado el disfrute de dos prestaciones, una de jubilación proveniente del Tesoro Nacional y la otra a cargo del Instituto, por ejemplo cuando se trate de servicios prestados por una misma persona a entidades públicas y privadas”.

Ahora bien, la indemnización sustitutiva, establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, es una de las prestaciones económicas establecidas para el Régimen Solidario de Prima Media con prestación definida, y es un derecho que tienen los afiliados que cumpliendo la edad para acceder a la pensión de vejez, no reúnen las semanas mínimas de cotización, y por alguna circunstancia, manifiestan la imposibilidad de seguir cotizando, por lo que, acuden ante la administradora de pensiones para recibir una compensación en dinero de todas las semanas aportadas al SSGP.

De la misma forma, es un **derecho irrenunciable e imprescriptible**, en atención a los mandatos del art. 48 y 53 de la Constitución Política, es decir, se puede reclamar en cualquier tiempo siempre que el afiliado haya cumplido la edad para pensionarse y no hubiese alcanzado las semanas para pensionarse por vejez.

Caso en concreto.

En efecto, se acreditó que el demandante prestó sus servicios para la GOBERNACIÓN DE NORTE DE SANTANDER por 21 años, 4 meses y 24 días, en el periodo del 26 de febrero de 1979 al 20 de julio de 2000, y según resolución No.0010 del 24 de febrero de 2009 le fue reconocida una PENSION DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL con fundamento en los art. 35. 36 y 37 de la CCTV, es decir, los tiempos tomados en cuenta para sufragar dicha prestación, fueron limitados hasta el 20 de julio de 2000, además, la misma fue reconocida con base en una Convención Colectiva de Trabajo a cargo del Departamento Norte de Santander.

La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es pedida por el actor, por las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones a través del RPMPD por el entonces ISS hoy COLPENSIONES, a través del empleador del sector privado TRANSTONCHALA desde el 10 de junio de 2001 hasta el 21 de junio de 2011 para un total de 513.14 semanas de cotización.

Luego entonces, de conformidad con lo expuesto, **la prestación aquí reclamada es claramente compatible con la pensión que viene gozando la demandante del sector público**, como quiera que la prestación reconocida por el DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER, tuvo como fundamento el hecho de que aquel había laborado por más de 24 años en el sector público y en particular porque se aplicó la CCTV y la

indemnización sustitutiva reclamada deviene de cotizaciones efectuadas como trabajador del sector privado con la empresa TRANSTONCHALA, tal y como se observa en el reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES.

Resuelto lo anterior, se verificará si el demandante causó el derecho prestacional esto es, si cumplió la edad mínima (60 años), si no alcanzó a reunir las semanas de cotización para pensionarse por vejez (1300) y si expresó su imposibilidad para seguir cotizando al sistema pensional (solicitud).

Así las cosas, se tiene que el señor Jorge Latorre cumplió los 60 años de edad el 11 de noviembre de 2015, que para esta fecha contaba con 513 semanas de cotización desde el 10 de junio de 2001 hasta el 21 de junio de 2011, y, que el día 17 de noviembre de 2017 por primera vez solicitó ante COLPENSIONES, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez.

En este sentido, se tiene que el demandante JORGE LATORRES causó el derecho a la indemnización sustitutiva de vejez a partir del 11 de noviembre de 2015 y el 17 de noviembre de 2017, manifestó la imposibilidad de continuar cotizando al sistema pensional, luego entonces, a partir del mes siguiente, tiene derecho a disfrutar la suma indemnizatoria, lo cual indica que, no le asiste razón a la apoderada judicial de COLPENSIONES, cuando afirma que el demandante estaría percibiendo doble asignación del tesoro público, pues las prestaciones que tiene su fuente en el Sistema General de Pensiones como la pretendida en este caso, se financian con recursos parafiscales y, por tanto, no se vulnera el artículo 128 de la Constitución Política, en consecuencia, el recurso de alzada interpuesto por la demandada, no goza de asidero jurídico y la decisión deberá ser confirmada en esta instancia.

En cuanto al cálculo para determinar el monto de la prestación, se tiene que, si bien la Juez A quo estableció la forma en que se debía acudir a la liquidación respectiva, omitió calcular en valores determinados según lo previsto en el art. 283 del CGP.; sobre este tema, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL391 de 2020, reiterando CSJ SL472 de 2018, indicó que debe entenderse por suma líquida no sólo la expresada en una cifra numérica precisa, *sino la que sea liquidable por simple operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas*; así mismo, en Sentencia SL5141 de 2018 Radicación No 70729, reiterando CSJ SL6464-2016; señaló que por regla general, las condenas deben ser detalladas en cantidad y valor determinados, lo cual no obsta para que, en algunos casos específicos, sea posible que el Juez no concrete la condena, pero defina los parámetros para su cuantificación.

Conforme con lo anterior, se observa que a folios 5-10 del expediente, se aportó la Historia Laboral actualizada al 18 de julio de 2020, donde fácilmente se puede determinar con detalle los pagos efectuados desde el 10 de junio de 2001 hasta el 21 de junio de 2011, por lo que, se procederá a realizar el cálculo respectivo, arrojando un total de \$11.561.262,17. suma que deberá ser indexada al momento del pago efectivo.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-003-2020-00327-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19465
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: JORGE LATORRE
DEMANDADO: COLPENSIONES
TEMA: INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE VEJEZ
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA

LIQUIDACIÓN DE INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN												AÑO	*MES	
PERIODOS DE COTIZACIONES						FECHA EN DONDE SE RECLAMA LA INDEMNIZACIÓN (Año/Mes) :							2017	11
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		
2001	06	21	2001	06	30	10	1,43	13,5	19,29	\$ 95.333,00	93,11	43,27	\$ 205.141,11	2051411,05
2001	07	02	2001	12	30	179	25,57	13,5	345,21	\$ 286.000,00	93,11	43,27	\$ 615.425,47	110161158,77
2002	01	02	2002	12	30	359	51,29	13,5	692,36	\$ 309.000,00	93,11	46,58	\$ 617.668,31	221742924,22
2003	01	01	2003	12	30	360	51,43	13,5	694,29	\$ 332.000,00	93,11	49,83	\$ 620.359,62	223329464,18
2004	01	03	2004	12	29	357	51,00	14,5	739,50	\$ 358.000,00	93,11	53,07	\$ 628.102,13	224232460,15
2005	01	05	2005	12	30	356	50,86	15	762,86	\$ 381.500,00	93,11	55,99	\$ 634.425,17	225855358,81
2006	01	01	2006	12	30	360	51,43	15,5	797,14	\$ 408.000,00	93,11	58,70	\$ 647.170,02	232981206,13
2007	01	01	2007	12	30	360	51,43	15,5	797,14	\$ 434.000,00	93,11	61,33	\$ 658.890,27	237200495,68
2008	01	01	2008	12	30	360	51,43	16	822,86	\$ 461.500,00	93,11	64,82	\$ 662.916,77	238650037,03
2009	01	01	2009	12	30	360	51,43	16	822,86	\$ 497.000,00	93,11	69,80	\$ 662.975,21	238671077,36
2010	01	01	2010	12	30	360	51,43	16	822,86	\$ 515.000,00	93,11	71,20	\$ 673.478,23	242452162,92
2011	01	01	2011	05	30	150	21,43	16	342,86	\$ 536.000,00	93,11	73,45	\$ 679.468,48	101920272,29
2011	06	01	2011	06	21	21	3,00	16	48,00	\$ 375.000,00	93,11	73,45	\$ 475.374,40	9982862,49

Total Días	3.592	Sumatoria # semanas multiplicado por % de Cotización		7707,21			SUMATORIA de salarios actualizados por el # de días de ese salario	2.309.230.891,09
Total Semanas (SC)	513,14						INGRESO PROMEDIO MENSUAL= Sumatoria Dividida por # Total de días	\$ 642.881,65
*Porcentaje Promedio de Cotización (PPC)= Sumatoria # de semanas multiplicado por % de Cotización de esas semanas dividida por el total de todas las semanas	15,02						Salario Base cotización semanal (SBC)= Ingreso mensual dividido por 30 y mutiplicado por 7	\$ 150.005,72
							TOTAL INDEMNIZACIÓN= (SBC x SC x PPC)	\$ 11.561.262,17

En este caso no operó el fenómeno jurídico de la prescripción, ya que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez puede reclamarse en cualquier tiempo y tiene el carácter de imprescriptible, conforme a jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en Sentencias T 029 de 2017, T 122 de 2016 y T 477 de 2015 y la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4559/19 entre otras.

Por último, respecto a la condena en costas de primera instancia, la misma no será procedente analizar en esta instancia, en primer lugar, porque la defensa de COLPENSIONES no acertó en sus argumentos de negar la prestación al actor, es decir, fue vencido en juicio, en segundo lugar, la objeción a las costas en un incidente adicional al fallo que no está en discusión en esta instancia y tercero, el Juez A quo tiene la facultad de imponer la sanción y la liquidación concentrada según el art. 366 del CGP.

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, por lo que, al resultar esta entidad vencida en juicio, es procedente la condena impuesta por el A quo, debiéndose CONFIRMAR la misma.

Decisión.

Bajo esas condiciones, el problema jurídico quedará resuelto en forma desfavorable a la demandada recurrente, siendo procedente en esta instancia, **CONFIRMAR** la decisión, pero COMPLEMENTANDOLA en el ORDINAL SEGUNDO en el sentido de que el monto que deberá reconocer COLPENSIONES a favor del señor JORGE LATORRE por indemnización sustitutiva de vejez es de \$11'561.262,17. suma que deberá ser indexada al momento del pago efectivo, ya que sobre este valor no proceden los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, se condenará en costas de segunda instancia a COLPENSIONES por no haberle prosperado el recurso de alzada y se fijaran como agencias en derecho en esta instancia la suma de **\$400.000** a cargo de COLENSIONES y a favor del demandante JORGE LATORRES de conformidad con lo dispuesto en el ACUERDO No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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

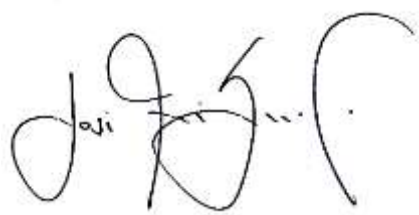
VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 02 de febrero de 2021,

COMPLEMENTANDOLA en el **ORDINAL SEGUNDO**, en el sentido de que el monto que deberá reconocer COLPENSIONES a favor del señor JORGE LATORRE por indemnización sustitutiva de vejez es de \$11'5261.262,17. suma que deberá ser indexada al momento del pago efectivo.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES por no haberle prosperado el recurso de alzada y fijar como agencias en derecho en esta instancia la suma de **\$400.000** a cargo de COLENSIONES y a favor del demandante JORGE LATORRES de conformidad con lo dispuesto en el ACUERDO No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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. 080, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 04 de agosto de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-004-00-2007-00054-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19537 acumulado al 19615
JUZGADO: CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: OTONIEL FRANCISCO SEVERICHE RIVERO
ACCIONADO: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se corre traslado a la parte ejecutante para que en el término de cinco (05) días proceda a presentar sus alegatos de conclusión, vencido lo cual correrá el término para alegar de la parte ejecutada.

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 mencionada 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 de 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

Ref.: APELACIÓN DE SENTENCIA
PROCESO ORDINARIO LABORAL
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2017-00320-00
Partida Tribunal: 19443
Demandante: DIMAS PEÑA CONTRERAS
Demandada (o): COLPENSIONES Y vinculados.
Tema: RETROACTIVO PENSIÓN DE INVALIDEZ.

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, tres (3) de agosto dos mil veintidós (2022).

Resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 09 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-004-2017-00320-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 19443 promovido el señor DIMAS PEÑA CONTRERAS en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y vinculadas la NACION MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL – FOSYGA a través del ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES.

I. ANTECEDENTES

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, demanda a la entidad anteriormente mencionada, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se declare que realizó un total de 1.162 semanas cotizadas al sistema durante toda la vida laboral, en consecuencia, se condene a la "COLPENSIONES", a reconocer y pagar la pensión de invalidez a partir del 16 de Mayo de 2011, fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, incluyendo los reajustes de Ley y las mesadas adicionales, a reliquidar la pensión con el promedio de lo devengado durante toda la vida laboral, o con el promedio de los diez últimos años según resulte más favorable, en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, a reconocer y pagar, el reintegro de los descuentos en salud descontados en la

Resolución No. VPB 62679 del 23 de septiembre de 2015, en forma RETROACTIVA por valor de \$2.222.400.00, a reconocer y pagar, sobre las mesadas insolutas dejadas de percibir en tiempo y/o sobre el retroactivo pensional desde el 21 de septiembre de 2011, y/o desde su causación partir del 16 de mayo de 2011, hasta el 01 de diciembre de 2013, fecha ésta última de la inclusión en nómina, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Al pago de la indexación sobre el retroactivo, al pago de los intereses legales, a la indexación de la primera mesada pensional al uso de las facultades extra y ultra petita y la condena en costas.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó de la siguiente manera: que nació el día 12 de octubre de 1957. Que el ISS califica una pérdida de capacidad laboral del 70,25%, estructurada a partir del 16 de mayo de 2011, conforme al dictamen No. 253 del 27 de enero de 2012. Que el 12 de septiembre de 2012, se radicada ante Colpensiones solicitud de reconocimiento y pago de una pensión de Invalidez. Que COLPENSIONES profiere la resolución No. GNR 020175 de fecha 13 de diciembre de 2012, por medio de la cual resuelve negar el reconocimiento y pago de la una pensión de invalidez; mediante resoluciones No. GNR 107540 del 24 de mayo de 2013 y No. VPB 2209 del 12 de julio de 2013 resuelve el recurso de reposición y apelación, confirmando en todas y cada una de sus partes la decisión contenida en la Resolución No. GNR 20175 del 13 de diciembre de 2012.

Que solicitó nuevamente la pensión de invalidez el 12 de septiembre de 2012 y COLPENSIONES mediante Resolución No. GNR 316816 del 23-11-13, reconoció y ordenó el pago de una pensión de invalidez, desde el 1º de diciembre de 2013 en la suma de \$598.703.00, teniendo en cuenta las 642 semanas de cotización. Inconforme con la decisión, interpone recurso de reposición en subsidio de apelación. COLPENSIONES profiere la Resolución No. GNR 277362 del 10 de septiembre de 2015, ordenando reliquidar la pensión de invalidez a partir del 01 de diciembre de 2013, en cuantía \$752.213. de 2015 y ordena un descuento retroactivo en salud de \$309.912.00, reconociendo que tiene un total de 1162 semanas de cotización. Al resolver el recurso de apelación, profiere la resolución No. VPB 62679 del 23 de septiembre de 2015, reconociendo la pensión a partir del 21 de septiembre de 2011, en cuantía de \$ 682.483.00, para el 2012 \$ 707.940.00, para el 2013 \$ 725.214.00, 2014 \$ 739.283.00 y 2015 \$ 766.341.00, descontando el retroactivo por salud la suma de \$2.222.400.00, y se acredita un total de 8.136 días laborados correspondientes a 1.162 semanas.

Aseguró que COLPENSIONES comete un error al reconocer la pensión desde el 21 de septiembre de 2011 y no desde la fecha de estructuración que lo fue el 16 de mayo de 2011.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificado el libelo a la demandada **COLPENSIONES**, ésta dio contestación admitiendo parcialmente los hechos; se opuso a la totalidad de pretensiones aduciendo que, respecto a la declaración de las semanas, la entidad mediante resolución VPB 62679 del 23 de septiembre de 2015 reconoció un total de 1162 semanas de cotización a favor del actor. Que no es procedente acceder al pago del retroactivo desde la fecha de estructuración de la invalidez porque el afiliado recibió pago de subsidio económico por parte de la EPS a la cual se encuentre afiliado, donde se cancelaron las incapacidades temporales hasta el 20 de septiembre de 2011, aplicándose de este modo lo dispuesto en el art. 142 del Decreto 019 de 2012 y art. 10 del Decreto 758 de 1990. Que para calcular el valor de la mesada pensional se tuvo en cuenta lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 100 de 1993 conforme a las cotizaciones registradas en el sistema pensional, producto de ello, arrojó un IBL de \$1.003.652 con un total de \$766.341 de mesada pensional.

Propuso como excepciones de fondo la prescripción, la inepta demanda por indebida acumulación de las pretensiones de indexación e intereses moratorios, la inexistencia de los requisitos legales y sustanciales, para dictar una sentencia condenatoria a cargo de la administradora colombiana de pensiones —Colpensiones, la carencia del derecho reclamado, la falta de legitimación en la causa por pasiva de la administradora colombiana de pensiones, la inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la falta de título y causa y la genérica.

LA VINCULADA, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), se opone a todas las pretensiones incoadas, argumentando que no es la entidad encargada de reconocer o pagar pensión de invalidez como si lo es COLPENSIONES quien funge como administradora de pensiones del demandante, por lo anterior no es posible reconocer por parte de la ADRES cualquier derecho pensional como se estipula en la demanda. Propone como excepciones de mérito, la falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de agotamiento de requisito de procedibilidad, COLPENSIONES esta ejecutando el cobro de lo no debido, la inexistencia de la obligación, el legislador dio una destinación específica a los recursos de cotización no compensados superado el año para solicitar su devolución y el cobro de lo no debido.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 09 de agosto de 2021, resolvió:

“Primero. - Negar las pretensiones de la parte demandante frente a COLPENSIONES S.A., conforme a lo considerado.

Segundo. - Absolver a la entidad ADRES, conforme a lo considerado.

Tercero. - Declarar que hay decisión ínsita respecto a las excepciones de mérito propuestas por COLPENSIONES S.A.

Cuarto. - Condenar en costas a la parte demandante y a favor de la parte demandada, agencias que se fijan en UN (1) S.M.L.M.V., para cada una de las demandadas y a cargo del demandante, reiterando la fundamentación artículo 365 numeral 1 del CGP en conc. con el acuerdo PSAA-16-10554 artículo 5 numeral 1 primera instancia, las agencias fijadas se tendrán en cuenta en su momento procesal al liquidar las costas.

Quinto. - Ordenar desde ya, sino apela la parte demandante, si surta el grado jurisdiccional de consulta, de acuerdo al sentido de la sentencia frente a la parte demandante.”

Fundamentó el juez A quo su decisión, señalado que conforme con las pruebas aportadas, que no estaba en discusión la invalidez del actor con una PCL 70.25% con fecha de estructuración del 16 de mayo de 2011, sin embargo, la entidad demandada COLPENSIONES demostró que el afiliado contaba con incapacidades médicas temporales hasta el 20 de septiembre de 2011 razón por la cual, el pago del retroactivo pedido en la demanda es improcedente por ser incompatible el reconocimiento de las dos prestaciones al mismo tiempo, tampoco hay lugar al pago de intereses moratorios porque ellos se causan ante el retraso de la mesada pensional, como la indexación al no existir deuda, conforme lo ha dicho la CSJ en sentencias S.L. 3270 de 2014 del 5 de marzo, S.L. del 21 de febrero de 2012 radicado 44793, en la del 3 de septiembre del 2003 radicado 21027.

Sostuvo que la parte demandante en los hechos relatados en la demanda, no hizo reparo alguno respecto al IBL calculado por COLPENSIONES, razón por la cual, consideró que no puede sorprender a la demandada con una pretensión que no ha sido objeto de debate o de inconformidad por parte del actor, además, consideró que la administradora de pensiones logró demostrar que el IBL fue calculado conforme a lo que establece el art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, que la liquidación de la pensión de invalidez se adelantó con fundamento en las cotizaciones registradas en el sistema pensional, producto de ello arrojó un IBL de \$1.003.652 y un monto pensional de \$766.341. Que la pretensión de los descuentos a salud fue desistida, así mismo, desvinculó al ADRESS.

V. APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La parte demandante no se encontró de acuerdo con la anterior sentencia, por lo que interpuso recurso de apelación en contra de la misma, manifestando que, la demanda tiene como objeto, que se condene a COLPENSIONES a reconocer la retroactividad pensional por invalidez y unos intereses moratorios o subsidiariamente la indexación.

Que existe un dictamen, el número 253 del 27 de enero del 2012, cuyo grado de pérdida de capacidad laboral ascendió a 70,25% estructurado el 16 de mayo del año 2011 y desde el 12 de septiembre de 2012 cuando se solicitó por primera vez el reconocimiento de la pensión de invalidez, *COLPENSIONES en forma sistemática y continua, esbozó un número de semanas en forma equivocada por parte del demandante, lo cual originó no solamente la negativa de su pensión de invalidez, sino el derecho que le asistía de acuerdo a esa calificación.*

Que COLPENSIONES en la resolución VPB62679 del 23 de septiembre del 2015 reconoce una pensión de invalidez a partir del 21 de septiembre del año 2011 en cuantía de \$682.483 en ese mismo acto administrativo reconoce 1162 semanas y en todos los reportes de semanas se observaron inconsistencias en las que fueron acreditadas al expediente, primero dijo que tenía 408 semanas, después 580,14 luego 592,57 y luego 679,29 y finalmente las que le reconoció en el último acto administrativo de 1162 semanas.

Que, ante los errores anteriores, finalmente se pide la corrección para que la pensión de invalidez sea reconocida desde la fecha de estructuración 16 de mayo de 2011, además que se reconocieran los intereses moratorios.

Aseguró que el Juez de primera instancia omitió la valoración de algunas pruebas documentales, entre las cuales encontramos: que el actor es un trabajador independiente, su última cotización pensional lo fue el 29 de febrero de 2012 conforme se desprende del reporte de semanas cotizadas actualizadas al 13 de abril del año 2015; además se dice que se pagaron unas incapacidades hasta septiembre del año 2011.

Conforme a ello, señaló que el artículo 29 de la Constitución Política establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y en materia pensional en la sentencia T543 de 2015 la corte constitucional enfatizó que las administradoras de pensiones están sujetas al debido proceso, en el respeto de los derechos de los afiliados al sistema de seguridad social, en consecuencia, la entidad debe adelantar los trámites administrativos con observancia de las normas que determinan el debido proceso administrativo y no debe trasladar al pensionado las cargas que no corresponden:

“es decir que el potencial pensionado dentro del proceso judicial, tiene derecho a que se le justifique y se le motive las decisiones que van en contra vía de sus derechos a través de los jueces y no simplemente a verse sometido a la máxima “dura lex ser lex” dura es la ley pero no es la ley, toda vez que no se trata de seguir el ritual del legalismo, sino de precisamente confrontar esa norma de cara a la Constitución Política, por cuanto la parte que discute su derecho pensional, le corresponde saber por qué de manera retroactiva debe corresponder con unos pagos al sistema de salud o de pensiones, de la cual se ha dicho no tuvo acceso el demandante, es obligación del juez consultar las razones por las cuales la parte se pudo haber visto afectada por el hecho de no recibir la atención en salud oportuna o de recibir una mesadas en forma retroactiva, es viable que las administradoras de pensiones no pueden salir bien libradas de su propia tardanza, puesto que

también es una máxima que nadie puede alegar en su propio beneficio su propia ilicitud o torpeza, por cuanto la parte demandante siempre actuó con la plena convicción para lograr pensionarse por las razones ajenas a su voluntad..”.

Insiste que, al demandante en su condición de trabajador independiente, se le debe garantizar obtener un ingreso real desde la fecha de estructuración con el reconocimiento de la pensión de invalidez, ya que su última cotización al sistema pensional fue el 29 de febrero de 2012, fecha en que se presume el demandante tuvo una capacidad para obtener ingresos, se presume, pero no le da el alcance a una interpretación del artículo 3 del decreto 917 de 1999, en concordancia con artículo 157 y 206 de la ley 100, donde se debió reconocer el pago de las mesadas en forma retroactiva a partir de la fecha de estructuración, respecto a lo que dice la sentencia SL1562 de 2019 radicación 73026 que señala:

“al respecto se dice que el citado artículo 40 de la ley 100 de 1993, es claro en indicar que la pensión de invalidez por riesgo común debe otorgarse de manera retroactiva a partir de la fecha en que se produce el estado de invalidez, es decir desde cuando la pérdida de la capacidad laboral alcanza un porcentaje igual o superior al 50% en los términos del artículo 39 de la ley 100 de 1993, de lo que se deriva que el legislador en el citado precepto, no estableció ni explícita, ni tácitamente, condición alguna diferente al estado de invalidez, para proceder al reconocimiento del derecho pensional desde la fecha de estructuración...por tanto ese estado de invalidez igual o superior al 50% previamente determinado por el organismo médico competente, no puede entenderse disminuido o extinguido por el hecho de que el afiliado hubiese percibido pagos por concepto de incapacidades temporales, pues estos pagos no redundan en la disminución de la invalidez, cuyo amparo es el objetivo principal del derecho pensional... de modo que bien lo dedujo el tribunal, de cara a la incompatibilidad establecida en el artículo 3 del decreto 917 de 1999, cuando como en el presente asunto el retroactivo pensional cubija periodos que también han sido cubiertos por incapacidades temporales, la condición de que trata el citado decreto, a lo sumo conduciría a la imposibilidad de que se disfruten o perciban a la vez la mesada pensional y la incapacidad; pero no a la imposibilidad del reconocimiento del derecho pensional.”

En conclusión, solicita que sean reconocidas las pretensiones incoadas en la demanda, y que COLPENSIONES pague la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración y además se reconozcan los intereses moratorios a que haya lugar o subsidiariamente reconocer las mesadas en forma indexada. Igualmente, considera que COLPENSIONES vulneró el derecho fundamental del debido proceso y la Seguridad Social del demandante, para poder tener la capacidad de poder recibir la mesada pensional oportunamente. También solicita sea condenada en costas a favor de la parte demandante.

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:

El apoderado judicial del demandante ratifica los argumentos del recurso y solicita sea aplicada la sentencia de la CSJ Sala de Casación Laboral de radicado 73026 exp 1562-2019 y se paguen los intereses moratorios.

COLPENSIONES ratifica lo dicho en primera instancia, alegando que no es procedente acceder al reconocimiento del retroactivo de la pensión de invalidez, porque de conformidad con lo previsto en el art. 10 del Decreto 758/1990: “...y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado. Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio...”, al señor Dimas Peña se le pagaron incapacidades médicas temporales hasta el 20 de octubre de 2011 y la administradora le reconoció la pensión de invalidez desde el 21 de septiembre de 2011, lo que significa que fue anterior a la fecha establecida en la norma, como se evidencia en la Resolución VPB 62679 del 23 de septiembre de 2015, razón por la cual la Resolución en mención se encuentra ajustado a derecho.

Que tampoco tiene derecho a la reliquidación del IBL, ya que, una vez verificado el expediente del demandante, es claro que cuenta con 1.162 semanas cotizadas al ISS y a otras cajas y/o fondos, motivo por el cual siguiendo lo establecido en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, no es posible el estudio del IBL de toda la vida laboral en consideración a que no cuenta con 1.250 semanas de cotización o más, por lo que al único estudio al que tiene derecho es al IBL de 10 últimos años de servicio, motivo por el cual el reconocimiento de la prestación a través de la Resolución VPB 62679 del 23 de septiembre de 2015, se encuentra conforme a derecho.

Igualmente dice que no es procedente acceder a la devolución de los descuentos en salud, conforme lo disponen el inciso 2° del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, el artículo 26 del Decreto 806 de 1998 y el artículo 42 del decreto 692 de 1994, como quiera los pensionados se encuentran en la obligación de efectuar cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Que los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se reconocen cuando se presenta mora en el pago de las mesadas de una prestación que ya ha sido reconocida, situación de la cual nada se aduce en el escrito de la demanda, máxime si se tiene en cuenta que Colpensiones le reconoció una pensión de invalidez con la Resolución GNR 316816 del 23 de noviembre de 2013 y posteriormente se la reliquidó con la Resolución VPB 62679 del 23 de septiembre de 2015, a favor del demandante en cuantía de \$682.483 con fecha de estatus de 16 de mayo de 2011 y fecha de efectividad de 1 de septiembre de 2011. Igualmente se reconoció un retroactivo por valor de \$20.073.993 que fue ingresado en nómina de octubre de 2015. En el mismo sentido, no hay lugar a reconocer intereses moratorios sobre la suma correspondiente al valor del retroactivo, por cuanto la Ley no lo permite, pues

como se anotó, los mismos se generan en el caso de una mora en el pago de mesadas pensionales.

VII. CONSIDERACIONES

En virtud del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CST y de conformidad con lo manifestado por la parte demandante en su recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si el señor DIMAS PEÑA CONTRERAS tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-le reconozca el retroactivo de la pensión de invalidez desde el 16 de mayo de 2011 junto con el pago de los intereses moratorios y/o indexación y la respectiva reliquidación de la mesada pensional.

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.

Ahora bien, no existe discusión en que (i) el demandante aportó al servicio público en la Caja de Previsión Departamental desde el 4 de junio de 1979 hasta el 18 de noviembre de 1989 y al ISS desde el 10 de agosto de 1989 hasta el 16 de mayo de 2011 ultimo pago realizado en calidad de afiliado independiente, para un total de 1162 semanas; (ii) que fue calificado mediante dictamen No.253 del 27 de enero de 2013 por el ISS con una PCL del 70.25% con fecha de estructuración de la invalidez del 16 de mayo de 2011; y ante la petición elevada el 12 de septiembre de 2012, COLPENSIONES profirió las siguientes resoluciones:

PETICION	RESOLUCION	NOTIFICADA	CONCEDE	NIEGA	SEMANAS	IBL	MONTO PENSIONAL	DESCUENTOS A SALUD	RETROACTIVO
12/09/2012	GNR 020175 13/12/2012	20/12/2012		POR NO CUMPLIR 50 SEMANAS EN LOS 3 AÑOS ANTERIORES A LA ESTRUCTURACIÓN	408				
REPOSICION	GNR 107540 24/05/2013	30/05/2013		POR NO CUMPLIR 50 SEMANAS EN LOS 3 AÑOS ANTERIORES A LA ESTRUCTURACIÓN					
APELACION	VPB 2209 12/07/2013	6/09/2013		POR NO CUMPLIR 50 SEMANAS EN LOS 3 AÑOS ANTERIORES A LA ESTRUCTURACIÓN					
PETICION	No. 316816 23/11/2013	21/01/2014	a partir del 1 diciembre 2013		642	\$ 1.108.704.	54%: \$598,703		
REPOSICION	GNR277362 10/09/15	14/09/2015	MODIFICA 316816		1162 HASTA 16 MAYO 2011	\$ 1.066.490	68%: <u>\$725.213 DEL 2013</u> 2014: <u>\$739.282</u> 2015: <u>766.340</u>	\$ 309,91	\$2.581.814 ADICIONALES; \$368.554
APELACION	VPB62679 23/10/2015	18/11/2015	MODIFICA INCAPACIDAD HASTA EL 20 SEPTIEMBRE 2011		1162 HASTA 16 MAYO 2011	\$ 1.033.652	68%: \$682.483 DEL 2011 2012: \$707.940 2013: <u>725.214</u> 2014: <u>\$739.283</u> <u>2015: 766.341</u>	\$ 2.222.400	\$18.747.599 ADICIONALES; \$3.548.794

La inconformidad del actor, hace referencia a las inconsistencias de COLPENSIONES respecto a las semanas de cotización y la tardanza en reconocer y pagar la mesada pensional a su favor, por lo que, considera que, los errores cometidos, no debe soportarlos, sino que ésta deberá asumir en aplicación al debido proceso, su responsabilidad mediante el reconocimiento de la prestación desde la fecha de estructuración de la invalidez 16 de mayo

de 2011 junto con el pago de los intereses moratorios y/o indexación de la deuda.

Por su parte, el Juez A quo consideró que no era procedente acceder a lo pedido, **porque ante el pago de incapacidades temporales, éstas eran incompatibles con el pago de la mesada pensional**, además, que el IBL calculado fue conforme a lo previsto en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, actuando COLPENSIONES dentro del marco legal aplicable.

Ahora bien, el recurrente trae a colación la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia de radicado No.76026 SL1562 del 30 de abril de 2019, para lo cual, esta Sala considera que la misma se ajusta a lo aplicable por el Juez A quo en primera instancia, al señalar que la pensión de invalidez no podía ser pagada desde la fecha de estructuración sino desde la fecha de la terminación de la última incapacidad, la única situación diferente que se observa con el asunto aquí estudiado, es que en el caso analizado por la CSJ, el afiliado sólo tenía dos periodos de incapacidad, entre el 6 al 15 de mayo de 2009 y desde el 21 de mayo de 2010 hasta 8 de junio de 2011, con la particularidad que, el fallo además de ordenar el pago del retroactivo pensional desde el 07 de diciembre de 1995 momento en el cual fue estructurada la invalidez, también se ordenó “...descontar del pago del retroactivo pensional los periodos de subsidios por incapacidad temporal, armonizando lo establecido en el decreto enunciado con las restantes disposiciones de la Ley 100 de la 1993...”, la misma corte continuo señalando:

*(...) De modo que, como bien lo dedujo el Tribunal, de cara a la incompatibilidad establecida en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, cuando, como en el presente asunto, el retroactivo pensional cubija periodos que también han sido cubiertos por subsidios por incapacidades temporales, **la prohibición de que trata el citado decreto, a lo sumo, conduciría a la imposibilidad de que se disfruten o perciban, a la vez, la mesada pensional y el subsidio por la incapacidad, pero no a la imposibilidad del reconocimiento del derecho pensional.** (Negrilla fuera de texto).*

Ello de conformidad con los artículos 40 de la Ley 100 de 1993, 10 del Acuerdo 049 de 1990 y 3 del Decreto 917 de 1999, que señalan que la pensión de invalidez se reconocerá a partir de la solicitud de la parte interesada, que se comenzará a pagar desde que se produzca el estado de invalidez, a menos que el afiliado se encuentre incapacitado, caso en el cual se reconocerá a partir de su expiración y, que *mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.*

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia relevante de radicado SL5170 del 20 de octubre de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, reacondicionó el tema de la incompatibilidad entre la mesada pensional

y el subsidio temporal de la incapacidad y también ratificó la sentencia anterior, señalando en lo pertinente:

Así las cosas, frente al tema del reconocimiento de la pensión de invalidez estima la Sala que el Tribunal no incurrió en ningún error en la intelección que asignó a los preceptos normativos enunciados cuando existen subsidios por incapacidad temporal con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, al entender que las mesadas se comienzan a pagar, de forma retroactiva, desde la data de la estructuración, pero siempre que con posterioridad a ella no se hubieren reconocido subsidios por incapacidad, continuos o discontinuos, evento en el cual se pagará, pero a partir del momento en que expire el derecho a la última incapacidad.

(...)

*Es claro entonces que, **mientras el afiliado se encuentre recibiendo el subsidio por incapacidad temporal no puede percibir prestaciones derivadas de la invalidez, como son las mesadas pensionales**, cuyo pago procede una vez la entidad previsional reconozca la pensión, momento a partir del cual ya no procede el pago de las incapacidades, porque la acción protectora es asumida por otra prestación, dado el nuevo hecho que la causa – la invalidez –, siendo la razón por la cual el sistema de salud no contempla prestaciones económicas para los pensionados --Artículos 28 del Decreto 806 de 1998 y 2.1.3.6 del Decreto 780 de 2016--.*

*Ahora bien, la definición de un estado de invalidez generalmente viene precedida de un proceso patológico incapacitante que sufre el trabajador. Desde la perspectiva de la acción protectora de la Seguridad Social ello significa que, como estadio previo a la invalidez, **el trabajador deba atravesar por un período de incapacidad temporal donde precisa asistencia médica con posibilidad de recuperación – derivada de una enfermedad o de un accidente - lo que explica que el reconocimiento pensional deba hacerse, una vez se extingue la última incapacidad temporal, quedando prohibida la alternancia, concurrencia o subsistencia de estas dos prestaciones dentro de un mismo período**, así se declare que el hecho invalidante existe desde una fecha anterior al período en que se pagó la incapacidad temporal.*

Es que no puede perderse de vista que el riesgo cubierto con la incapacidad temporal y la pensión de invalidez no es la alteración de la salud, sino la incidencia de tal acontecimiento en la disminución del ingreso o ganancia, como repercusión de la afectación o pérdida de la capacidad laboral del trabajador; por ello, la dinámica de la protección produce una articulación compleja de cobertura donde el hecho causante sirve de límite para indicar el comienzo de una situación y la terminación de la anterior, como ocurre con la incapacidad temporal, la invalidez o la muerte que se producen como consecuencia del mismo accidente o de la enfermedad.

Así, en la incapacidad temporal el subsidio se paga a partir de la aparición del hecho causante, que lo es la enfermedad o lesión que le impide desempeñar la labor por un tiempo determinado, hasta que otro hecho causante introduce una nueva situación protegida en lugar de la anterior, como cuando se declara que las lesiones se convierten en definitivas, de tal manera que los efectos económicos de la pensión de invalidez, en los supuestos en los que su declaratoria esté precedida de una incapacidad temporal, se producen a partir de la extinción de la última incapacidad y, sino lo está, se producen a partir de la fecha de estructuración del estado de invalidez.

Ahora, téngase en cuenta que dentro del proceso incapacitante pueden existir períodos cortos e intermitentes de recuperación o mejoría de la

salud del trabajador, durante los cuales la acción protectora de la seguridad social cesa para dar paso a las obligaciones remunerativas a cargo del empleador o a los ingresos que perciba el trabajador independiente, períodos en los cuales no se activa la protección de la seguridad social y, en consecuencia, no se pagan las dichas prestaciones.

Lo anterior pone en evidencia la complejidad de la articulación en la secuencia de la situación protegida, en el sentido de que la misma contingencia puede producir diversas situaciones que deben ser atendidas --incapacidad temporal, la invalidez y la muerte--, cada una de las cuales inicia con un hecho causante. El paso de la invalidez a la muerte se presenta con claridad, pero no sucede lo mismo con la secuencia entre la incapacidad temporal y la invalidez.

En estos casos no hay una línea muy definida entre el tránsito de la incapacidad temporal y la invalidez, razón por la cual el eje central de delimitación está en el momento en que se califica el estado de invalidez, quedando a partir de allí extinguida la incapacidad temporal, pero limitándose la retroactividad de la nueva prestación al momento en que se efectuó el último pago de la prestación que la antecede, dado el carácter secuencial de la acción protectora de la seguridad social, donde los efectos económicos de las prestaciones no siempre coinciden con el hecho causante en sentido material, pues la previsión legal es muy clara en relacionar la fecha inicial de la prestación por invalidez con la fecha de finalización formal de la incapacidad temporal.”

En estas condiciones y bajo los parámetros anteriores, en este asunto lo resuelto por COLPENSIONES en instancia administrativa y lo decidido por el juez A quo en instancia judicial gozan de asidero jurídico, al determinar que a pesar de que la causación de la mesada pensional inició el 16 de mayo de 2011 fecha de estructuración de la invalidez y fecha de última cotización, la misma era incompatible con las incapacidades temporales que fueron pagadas a favor del afiliado desde el 08 de abril de 2011 hasta el 20 de septiembre de 2011 (fl.71 PDF00), siendo procedente hacer efectivo el disfrute de la prestación desde el 21 de septiembre de 2011 y/o como en el caso traído por el recurrente, descontar dicho pagos, que en este asunto no es procedente por cuanto los mismos fueron continuos e inmediatos al reconocimiento de la pensión y a la fecha de estructuración de la invalidez.

Conforme a lo expuesto, el problema jurídico queda resuelto en forma desfavorable al demandante, en el sentido de que la mesada pensional por invalidez a la que tiene derecho, solo será efectivamente pagada desde el 21 de septiembre de 2011 tal como fue resuelto en primera instancia.

Respecto al pago de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, se establece que en caso de mora en las mesadas pensionales la entidad responsable reconocerá y pagará intereses moratorios a la tasa vigente en que se efectuó el pago. Así, el artículo 19 del Decreto 656 de 1994 consagra un período de gracia de 4 meses para que las administradoras de pensiones reconozcan, entre otras, la pensión de invalidez.

Además, debe indicarse que estos se generan no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no han comenzado a pagar las mesadas correspondientes (Sala de Casación Laboral C.S.J sentencia 33.161 del 31 de marzo de 2009), **siempre y cuando no exista justificación para el retardo**, pues si es evidente la misma, debe exonerarse a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454).

Y es que estos tienen una finalidad resarcitoria del daño ocasionado a un beneficiario de una pensión por la demora en que incurre la entidad pagadora en la cancelación oportuna de las mesadas pensionales a que tiene derecho.

Descendiendo a lo estudiado, no hay discusión que el demandante solicito la pensión de invalidez el 12 de septiembre de 2012, luego, la entidad contaba con un plazo de 4 meses, es decir, hasta el 12 de enero de 2013, para reconocer la prestación y las mesadas pensionales correspondientes. Sin embargo, mediante la Resoluciones n° 020175, 107540 y VPB2209 de 06 de septiembre de 2013 la demandada negó la prestación y con la Resolución VPB 62679 de 23 de octubre de 2015 notificada el 18 de noviembre de 2015 reconoció las mesadas causadas a partir del 21 de septiembre de 2011, declarando improcedente el pago desde la fecha de la estructuración del estado de invalidez.

En este caso, como se trata de una pensión de invalidez, el reconocimiento del retroactivo pensional se encuentra condicionando a la verificación de los períodos en que se recibió subsidio por incapacidad temporal, dada la incompatibilidad señalada por el artículo 3 del Decreto 917 de 1999.

Con base en lo expuesto, se recalca que cuando el artículo 19 del Decreto 656 de 1994 establece un período de gracia para que la entidad administradora resuelva la solicitud pensional, ello obedece a la necesidad de un **plazo razonable** para que se verifique la información necesaria que permita emitir una decisión de fondo sobre el derecho pensional; no obstante, en este asunto la carga de la prueba de aportar la certificación del pago de las incapacidades le correspondía al demandante, circunstancia que sólo allegó cuando presentó el recurso de apelación que resolvió la resolución VPB 62679 del 23 octubre de 2015, por lo que, en este asunto la mora en el reconocimiento de dichas mesada pensionales obedeció a un criterio razonable que permite exonerar a COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios previsto en el art. 141 de la Ley 100 de 1993; así fue igualmente estudiado en la sentencia SL5170/2021 traída en renglones anteriores donde se dijo:

En relación con este punto, el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 en su parte final indica que la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada,

lo que conlleva una carga para el asegurado de aportar junto con la solicitud, los documentos indispensables para el reconocimiento de su derecho, entre otros, de los subsidios por incapacidad temporal que su ESP le hubiese reconocido, dada la necesidad de suministrar a la entidad los elementos de juicio suficientes que le permitan emitir un pronunciamiento de fondo sobre la solicitud.

De otro lado, respecto al cálculo del IBL y el monto o tasa de reemplazo, la historia laboral reportada en la resolución VPB 62679 aparecen cotizadas un total de 1162 semanas a la fecha de la estructuración del estado de invalidez, 16 de mayo de 2011, como efectivamente lo determinó la entidad demandada en dicho acto administrativo y al darle aplicación a lo previsto en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, en este asunto se deberá sacar el promedio de los últimos 10 años, arrojado como resultado un IBL: \$1.003.652 hasta el momento de la última cotización reportada en la historia laboral 16 de mayo de 2011.

En cuanto a la tasa de reemplazo, el art. 10 de la Ley 100 de 1993 establece que si el afiliado ha sufrido una PCL igual o superior al 66% la cuantía básica de la pensión iniciara en el 54% del ingreso base, y si tiene más de 800 semanas, tiene derecho a un aumento de esa cuantía a razón del 2% por cada 50 semanas de cotización que pase las 800 semanas; en consecuencia, al contar el afiliado con 1162 semanas, la tasa de reemplazo será del 68% tal como fue determinado por COLPENSIONES, iniciando para el año 2011 una mesada pensional de \$682.483 que deberá incrementarse conforme lo dispone el ar. 14 de la Ley 100 de 1993 tal como fue resuelto en la resolución VPB 62679 del 23 de octubre de 2015.

En este orden de ideas, se CONFIRMARÁ en su totalidad la sentencia apelada proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 09 de agosto de 2021.

Se condenará en costas procesales al demandante por no haberle prosperado el recurso de alzada, fijado como agencias en derecho la suma de \$400.000 a favor de COLPENSIONES, conforme al Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

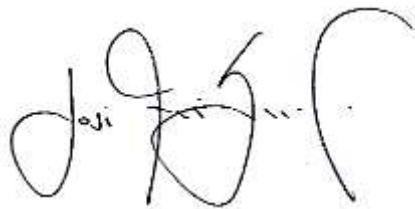
En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 09 de agosto de 2021, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia al demandante por no haberle prosperado el recurso de alzada, fijado como agencias en derecho la suma de \$400.000 a favor de COLPENSIONES, conforme al Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFIQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto 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: Ejecutivo Laboral

Rad. Juzgado. 54-001-31-05-004- 2019-00087-00

Rad. Interno: 19630

Juzgado: Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta

DTE/ JANINE HAYDEE BERMONT LOPEZ

DDO/ COLPENSIONES

Tema: Recuso apelación- Auto libra mandamiento de pago

San José de Cúcuta, **tres** (03) de **agosto** 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 contra el auto de fecha 13 de octubre de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso ordinario laboral presentado por la señora JANINE HAYDEE BERMONT LOPEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES.

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

La demandante presentó demanda ordinaria laboral en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, con el fin de obtener, entre otras cosas, el pago a su favor del retroactivo pensional causado desde la fecha de estructuración de su estado de invalidez, demanda que correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, el cual, en sentencia de fecha 18 de febrero de 2020 accedió a lo pretendido, condenando a la pasiva al pago indexado del “retroactivo pensional a partir de la estructuración de la invalidez 22 de diciembre de 2008, y que corresponde a 255 días”, decisión que fue confirmada por esta Sala Laboral a través de providencia del 11 de agosto de 2021.

Posteriormente, el día 05 de octubre de 2021 la parte activa presenta ante el juzgado de primer nivel, proceso ejecutivo a continuación del ordinario.

II. AUTO OBJETO DE APELACIÓN

Mediante auto de fecha 13 de octubre de 2021 el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, resolvió librar mandamiento de pago a cargo de COLPENSIONES, por las sumas causadas por concepto de retroactivo pensional, así como de intereses moratorios sobre el capital y costas, decretando igualmente, el embargo y retención de los dineros de la entidad en diferentes instituciones bancarias.

III. APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La parte demandada presentó recurso de apelación en contra de anterior decisión, alegando que “el cumplimiento de las decisiones judiciales que se profieren en contra de la Administradora en asuntos sometidos a la jurisdicción ordinaria, deben ser tramitados observando el requisito establecido en el artículo 307 de la Ley 1564 de 2012, el cual prevé que, “Cuando la Nación o una entidad territorial sea condenada al pago de una suma de dinero, podrá ser ejecutada pasados diez (10) meses desde la ejecutoria de la respectiva providencia, o de la que resuelva sobre su complementación o aclaración”, redacción y término que se equipara a lo consagrado en los artículos 192 y 299 de la Ley 1437 de 2011, los cuales regulan la misma temática (ejecución de sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas), en los asuntos sometidos ante la jurisdicción Contencioso Administrativa”.

Alegó entonces que “la decisión judicial que sirve de título ejecutivo en el presente caso quedo ejecutoriada el 09 de septiembre de 2021 fecha a partir la cual se deben contar los diez (10) meses para que la obligación sea exigible ejecutivamente, los cuales vencen el 09 de julio de 2022, por lo tanto, para el momento de la interposición de la presente demanda, el titulo ejecutivo no era exigible en los términos del artículo 307 del Código General del Proceso, lo que repercute en que se declare por parte del despacho la CARENIA DE EXIGIBILIDAD DEL TITULO EJECUTIVO, y por extensión la terminación del proceso ejecutivo, dejando se sin efecto el mandamiento de pago y se ordene el levantamiento de medidas cautelares ordenadas respeto de los bienes de la Administradora”.

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 8º del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto “(...) *que decida sobre el mandamiento de pago*”.

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 el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social no establece en su normatividad el procedimiento para ejecutar a una entidad descentralizada como lo es COLPENSIONES bajo el entendido de ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado (artículo 275 de la Ley 100 de 1993); por ello, cuando se trata de ejecución contra entidades de derecho público el legislador permitió bajo la autorización expresa del artículo 145 del C. P. del T. y de la S.S. aplicar el artículo 307 del C.G. del P., el cual enuncia el procedimiento para ejecutar a las entidades públicas pero no menciona en su contenido el caso de las entidades descentralizadas o entidades descentralizadas por servicios como el caso de COLPENSIONES; por lo tanto, como quiera que esta entidad no hace parte de la naturaleza de los entes territoriales ni puede identificarse con la Nación, no podrá aplicarse en el presente caso lo dispuesto en el artículo 307 del C.G. del P.

Así mismo, en casos similares la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo, en sentencia de tutela de radicado 20959 del 15 de mayo de 2008 M.P. Elsy del Pilar Cuello, precisó que las sentencias que reconocen pensiones son de cumplimiento inmediato; de la misma manera, en la sentencia de tutela del 2 de mayo de 2012 radicado 38075 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno manifestó lo siguiente:

Dado que el estatuto procesal laboral solo remite al procedimiento civil en caso de presentar lagunas normativas, la disposición que sería aplicable por remisión analógica, cuando se vaya a iniciar la ejecución de una sentencia dictada por la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, contra entidades de derecho público, no es otra que el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

“EJECUCION CONTRA ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO. La Nación no puede ser ejecutada, salvo en el caso contemplado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. Cuando las condenas a que se refiere el artículo 335 se hayan impuesto a un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, o un municipio, la respectiva entidad

dispondrá de seis meses para el pago, sin que entre tanto pueda librarse ejecución contra ella, ni contarse el término establecido en dicho artículo 335.”

Nótese que el término a que alude la norma precitada no resulta aplicable a las ejecuciones que se adelanten contra Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como lo es el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, sino que dicho término solo tendría aplicación en ejecuciones promovidas contra entidades territoriales, motivo por el cual cuando se pretenda iniciar ejecución contra dicha entidad de seguridad social, no es necesario esperar el vencimiento de término alguno. De acuerdo con la norma comentada, el término de 18 meses que alude el multicitado artículo 177 solo tendría aplicación en tratándose de la ejecución de sentencias que contra la Nación profiera la jurisdicción ordinaria laboral.

Así las cosas, el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo solo se aplica en aquellos casos en los que se pretenda obtener el cumplimiento coactivo de sentencias dictadas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, más no cuando se busque el cumplimiento coercitivo de sentencias dictadas por la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, salvo que la condena se haya impuesto contra la Nación.”

Del mismo modo, en otro caso similar al presente, y bajo la vigencia igualmente del Código Contencioso Administrativo, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia de tutela con radicación No. 26315 del dieciocho (18) de noviembre de dos mil nueve (2009) con ponencia del Magistrado Dr. Camilo Tarquino Gallego confirmó el amparo concedido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en un asunto en el que se reclamaba el pago de un retroactivo pensional y respecto del cual el Juez Quinto Laboral del Circuito de Cartagena había negado el mandamiento de pago “por no haber transcurrido el término previsto en el Artículo 177 del C. C. A., lo que impedía que la obligación fuera exigible” decisión ésta que fue revocada por su superior funcional que declaró sin efectos el proveído del Juez en mención, amparó el derecho al debido proceso y ordenó resolver nuevamente sobre el mandamiento de pago; en esa oportunidad la Corte manifestó lo siguiente:

Revisada la decisión impugnada la Sala establece que la interpretación dada por el Tribunal es jurídica y se encuentra amparada constitucional y legalmente, como que se trata de la aplicación de una norma que protege un derecho fundamental, que no puede quedar condicionado ni aplazado en el tiempo, pues es deber del Juez, en su función de intérprete de la Ley, darle prelación a los postulados constitucionales, en este caso, al pago oportuno de las pensiones, a cargo del Instituto de Seguro Social, pues sería contradictorio que a pesar del origen de la obligación, declarada judicialmente y que goza de la protección del Estado, se retarde la satisfacción oportuna de la prestación.

A través de la acción constitucional esta Sala, en asunto similares, había negado el amparo solicitado, como en los procesos T-24913 y T-24665 del 7 de julio y 17 de junio de 2009, respectivamente, pero en atención a la especial protección de los derechos conculcados, se adopta este nuevo criterio.

En esta misma línea, la Corte Constitucional en sentencia T-048 de 2019 arguyó en cuanto a la aplicación del mentado artículo 307 lo siguiente:

En el caso concreto, el término de 10 meses previsto en el artículo 307 del Código General del proceso e invocado por Colpensiones, es irrazonable, pues no era aplicable para el efectivo cumplimiento de la orden proferida por los jueces ordinarios laborales para el debido reconocimiento y pago de la pensión de vejez del señor Eduardo González Madera. Lo anterior, comoquiera que dicha norma, se encuentra dirigida a la Nación o a las entidades territoriales y no a otro tipo de autoridades administrativas, como Colpensiones que es una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional (artículo 1º del Decreto 4121 de 2011), con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente.

En resumen, para el caso sub lite, no puede dársele aplicabilidad al artículo 307 del C.G. del P., toda vez que los derechos reconocidos son de carácter pensional, lo cual afectaría lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia más específicamente en su art. 48 como derecho fundamental, pues las sentencias que constituyen título ejecutivo en este caso no deberían estar sujeta a plazo o condición, siendo por lo tanto, de inmediata exigibilidad el cumplimiento de las obligaciones laborales en que pueda incurrir una entidad de derecho público como lo es, COLPENSIONES sin que pudiera solicitársele o imponérsele al demandante para el cobro ejecutivo de la correspondiente sentencia que se cumplan plazos o requisitos adicionales, por ello es claro entender, que el trabajador a quien le ha sido resuelto el conflicto de carácter pensional mediante sentencia judicial obliga al Estado al cumplimiento de la misma en forma oportuna y sin dilaciones debiendo combinar la eficacia y la eficiencia de la función pública con el respeto y la especial protección del trabajo como principio de orden constitucional.

Y es que de conformidad con lo establecido el artículo 100 del CPTSS, es 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. Por su parte el artículo 422 del C.G.P., aplicable por remisión normativa que permite el artículo 145 del estatuto procesal laboral, a su tenor dispone que “(...) 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 (...)”.

Entonces, dado que las decisiones judiciales que ordenaron el pago del retroactivo pensional a favor de la ejecutante no dispusieron en su parte resolutive un término expreso para su cumplimiento, la ejecución de aquéllas debía proseguir inmediatamente cobraren ejecutoria, ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 305 del C.G.P ibídem.

Bajo este entendido, forzoso resulta concluir que no le asiste razón al apelante al afirmar que la sentencia que sirve de base para la ejecución pretendida carece del requisito de exigibilidad, ya que, los artículos 307 del C.G.P., y 299 del C.P.A.C.A., no aplican por una parte, cuando se trata de la ejecución de sentencias proferidas en contra de una empresa industrial y comercial del Estado, como lo es Colpensiones, y por otra, tampoco para el caso de procesos rituados ante esta jurisdicción, por lo que imperioso resultaba, luego de presentada la respectiva solicitud de ejecución, librar orden de apremio en su contra por las condenas que en sede judicial ordinaria le fueron impuestas.

Así las cosas, no queda camino diferente que CONFIRMAR el auto apelado de fecha 13 de octubre de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

Se condenará en costas a la parte vencida en el presente recurso de apelación, es decir, COLPENSIONES, 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,

VI. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado de fecha 13 de octubre de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte vencida en el presente recurso de apelación, es decir, COLPENSIONES, en la suma de CIENTO MIL PESOS MCTE (\$100.000).

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. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto 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. 54-001-31-05-004-2019-00317-00

Rad. Interno: 19696

Juzgado: Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta

DTES/ JOSÉ ANGEL VERA Y OTROS

DDOS/ PROVEEMOS E.U., HUMANOS INTERNACIONAL S.A.S., COMERCIAL INDUSTRIAL CINSA S.A.

Tema: Auto declara Contestación demanda extemporánea

San José de Cúcuta, tres (3) de agosto 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, CINSA S.A. contra el auto de fecha 24 de enero de 2022, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso ordinario laboral presentado por JOSE ANGEL VERA FRANCO, YOLANDA BECERRA CLARO, MARIA FERNANDA VERA BECERRA contra las empresas PROVEEMOS E.U., HUMANOS INTERNACIONAL E.U. S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y COMERCIAL INDUSTRIAL NACIONAL S.A. CINSA.

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

Los demandantes presentaron demanda ordinaria laboral en contra de las empresas anteriormente nombradas y mediante acta de reparto del 03 de septiembre de 2019 (PDF1. Fl.967) le correspondió al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, quien admitió la misma mediante auto **calendado 22 de septiembre de 2020** (fl. 321 expediente físico, PFD.1 fl.1041 digital), el cual, fue publicado por estado electrónico del 23 de septiembre de 2020 No.084 y por la página web ramajudicial.gov.co del 22 de septiembre de 2020.

El día veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020) a las 3:18 p.m., el apoderado judicial de los demandantes, envió el auto de admisión de

la demanda, la demanda y los anexos a los correos electrónicos de las empresas demandadas proveemos@proveemos.com.co humanos@humanos.com.co y cinsa@cinsa.com.co. (PDF.5).

Mediante correo electrónico del **01 de octubre de 2020**, BELKIS YIOMARY en condición de ex liquidadora de la sociedad HUMANOS INTERNACIONAL SAS EN LIQUIDACION., manifestó que la empresa fue liquidada y la matrícula mercantil cancelada como consta en el acta No. 05 de la asamblea de los accionistas del 25 de marzo de 2020, inscrita el 15 de abril de 2020 bajo el número 02567528, por lo que, no puede ejercer derechos ni asumir obligaciones.

Igualmente, en correo electrónico del **01 de octubre de 2020**, LIGIA SANCHEZ PÉREZ ex liquidadora de PROVEEMOS E.U. informó que, la sociedad fue liquidada y su matrícula mercantil cancelada.

En correo electrónico del **06 de octubre de 2020 (PDF.9)**, el Doctor Carlo Gustavo García Méndez en calidad de apoderado judicial de la empresa COMERCIAL INDUSTRIAL NACIONAL S.A.S. CINSA, aportó el poder judicial, y solicita ante el juez de primera instancia, disponga la notificación electrónica de la demandada por conducta concluyente y sea remitida la demanda y sus anexos, a los correos electrónicos Gustavo.garcia@gustavogarciayasociados.com y/o Carmen.acevedo@gustavogarciayasociados.com.

El 13 de octubre de 2020 (PDF.11), el apoderado judicial de los demandantes, solicitó ante el juez de primer grado, se tuviera por notificada la demanda a la empresa COMERCIAL INDUSTRIAL NACIONAL S.A.S. CINSA, conforme lo señalado en el DL 806 de 2020, al haberse enviado la demanda y sus anexos y el auto admisorio de la misma; para constatarlo, se aportó la guía de envío N° 48679 emitida por la empresa de correo electrónico certificado Servientrega E-ENTREGA y el email aportado con la demanda al correo cinsa@cinsa.com.co >, el día 2020-09-29 a las 15:33, con acuse de recibido el 2020/09/29 a las 15:36:23 y con estado actual "EL DESTINATARIO ABRIÓ LA NOTIFICACIÓN".

Nuevamente mediante correo electrónico del **14 de enero de 2021 (PDF.12)**, el Doctor Carlo Gustavo García Méndez en calidad de apoderado judicial de la empresa COMERCIAL INDUSTRIAL NACIONAL S.A.S. CINSA, aportó el poder judicial, y solicita ante el juez de primera instancia, disponga la notificación electrónica de la demandada por conducta concluyente y sea remitida la demanda y sus anexos, a los correos electrónicos Gustavo.garcia@gustavogarciayasociados.com y/o Carmen.acevedo@gustavogarciayasociados.com.

El primero (1º) de febrero de dos mil veintiuno (2021), el apoderado judicial de la empresa CINSA S.A.S., allegó al correo del Juzgado, los siguientes documentos: la cámara de comercio actualizada a enero de 2021, la contestación de la demanda y anexos de la contestación (PDF.14).

El apoderado judicial de los demandantes, mediante **correo del 02 de febrero de 2021**, solicitó que se tuviera como no contestada la demanda por parte de la empresa COMERCIAL INDUSTRIAL NACIONAL S.A.S. CINSA y se fijara fecha para la audiencia del art. 77 del CPT y de la SS.

II. AUTO OBJETO DE APELACIÓN

Mediante auto de **fecha 24 de enero de 2022** (PDF.20) el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, reconoció personería jurídica para actuar al Dr. CARLOS AUGUSTO GARCIA MENDEZ como apoderado principal y a la Dra. CARMEN ROCIO ACEVEDO BERMUDEZ, como apoderado suplente, de la empresa COMERCIAL INDUSTRIAL NACIONAL S.A.S. CINSA según el poder conferido por el Representante Legal y/o gerente GILBERTO GOMEZ ORDOÑEZ.

Resolvió que la contestación de la empresa COMERCIAL INDUSTRIAL NACIONAL SA "CINSA", allegada el 01/02/2021, **se tiene por no contestada**, por haber sido aportada en forma **extemporánea**, en el sentido de que la demandada fue notificada el día 29/09/2020 *al correo electrónico registrado en la Cámara de Comercio de Cúcuta, el cual fue autorizado por la entidad para recibir notificaciones como se aprecia en la hoja 1 de dicho documento visible a folio 5 del expediente digital, por lo tanto el término para contestar finalizó el día 23/10/2020, por el cierre extraordinario del despacho, por lo tanto la contestación allegada es extemporánea.*

Resaltó que, mediante auto admisorio se hizo las advertencias de notificación a las demandada conforme al Decreto 806 del 2020 las cuales se hicieron en debida forma, a los correos correspondientes de cada entidad demandada, señalando las partes y anexando el traslado correspondiente, creándose desde allí el término judicial para realizar la respectiva contestación; teniendo como suceso especial, la pandemia del COVID 19 en la que se implementó el uso de las tecnologías, para agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención al usuario de la administración de justicia, *medidas que debieron ser adoptadas por todos los interesados, para sobre llevar el estado de emergencia social y económica que se vive en el territorio nacional, ya es deber de la entidad demandada colaborar con la justicia y hacerse parte dentro del proceso teniendo en cuenta las disposiciones y normas decretadas bajo la emergencia.*

III. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN.

El auto anterior fue publicado en estado electrónico del 25 de enero de 2022 estado electrónico No.009 y la parte demandada COMERCIAL INDUSTRIAL NACIONAL SA “CINSA”, presentó recurso de apelación en contra de anterior decisión el día 01 de febrero de 2022, alegando lo siguiente:

Que posterior a conocer la demanda adelantada por el señor JOSE ANGEL VERA FRANCO del día 18 de septiembre de 2020 y publicada en estados el 23 de septiembre de 2020, solicitó en tres oportunidades, el 06 de octubre de 2020, 30 de noviembre de 2020 y 14 de enero de 2021, la notificación por conducta concluyente de dicha providencia conforme lo dispone el art. 301 del C.G. del P.

Sostuvo que, debido a que el despacho no se pronunció respecto a ninguna de las 3 solicitudes de notificación por conducta concluyente, y que solo acusó recibido de los correos remitidos por el suscrito, **el día 01 de febrero de 2021** procedió con la radicación virtual de la contestación de la demanda, a través del correo electrónico del juzgado y conforme a lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020.

Aseguró que el Juez A quo desconoció que *la empresa tuvo toda la intención de ser notificada por conducta concluyente* desde el 06 de octubre de 2020 conforme lo previsto en el art. 301 del C.G. del P.

Afirmó que, las reglas sobre notificación de providencias judiciales tienen como propósito fundamental garantizar el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales, es decir, constituyen una garantía constitucional contra la arbitrariedad y en la senda de la efectividad del debido proceso, por lo que, consideró que, dentro del presente asunto, *la notificación que supuestamente realizó el accionante no reúne los presupuestos del DECRETO 806 de 2020.*

Aseveró que no existe prueba ni se aportó la misma, que logre deducir que la empresa fue notificada en debida forma el 29 de septiembre de 2020, hecho que no se ajusta a la realidad, por cuanto no se acusó recibo y además que no hay prueba de recibido del mismo.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

El auto que corre traslado para alegar en segunda instancia fechado el 06 de julio de 2022, fue notificado en estado electrónico No. 070 del 07 de julio de 2022, del cual,

El apoderado judicial de los demandantes, alega que en dos oportunidades remitió la demanda, el auto admisorio y los anexos de la misma, al correo electrónico inscrito en el registro mercantil de la pasiva cinsa@cinsa.com.co el día 29 de septiembre de 2020, notificación efectuada mediante la empresa de mensajería de correo electrónico certificado

Servientrega E-Entrega con guía de envío No. 48679; que el día 2020-09-29 a las 15:33, con acuse de recibido el 2020/09/29 a las 15:36:23 y con estado actual **“EL DESTINATARIO ABRIO LA NOTIFICACION”**, por lo que, consideró que la empresa había sido debidamente notificada y los términos iniciaron el día 01-10-2020 y tuvo hasta el día 23 de octubre del 2020 para ejercer las actuaciones y como quiera que lo hizo el 1 de febrero de 2021, la actuación es claramente extemporánea como de manera acertada lo consideró el juez de conocimiento.

En razón de lo expuesto, solicitó confirmar en auto en todas sus partes, se condene en costas al demandado y se remita el expediente al juzgado para que se fije fecha para audiencia.

El apoderado judicial de la demandada COMERCIAL INDUSTRIAL CINSA S.A. manifestó....

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*”. Igualmente, que fue interpuesto en término según lo previsto en el inciso segundo ibidem.

El problema jurídico a resolver, se deduce a establecer si la demanda fue notificada en debida forma conforme lo disponía el Decreto 806 de 2020 a la empresa demandada CINSA S.A.S., siendo procedente declarar la extemporaneidad de su contestación según fue resuelto por el Juez A quo, o de lo contrario, no se cumplió el debido proceso ante la omisión de haberlo declarado notificado por conducta concluyente tal como lo argumenta el apoderado judicial recurrente.

Dispone el artículo 13 del Código General del Proceso que “*Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa en la Ley*”. En ese sentido, se tiene entonces que las normas que regulan los diversos pronunciamientos deben ser rigurosamente observadas tanto por las partes como por los funcionarios judiciales y esto implica, indefectiblemente el cumplimiento de los términos legales dispuestos en las diferentes codificaciones, de allí que el artículo 2º ibidem establezca como una disposición general el acceso a la justicia, garantizando el respeto por el debido proceso y la verificación oportuna de los términos procesales.

A su vez el artículo 117 de la misma obra, dispone que *“Los términos señalados en este código para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario”*, debiendo el juez velar por su estricto cumplimiento.

En concordancia con lo anterior, el artículo 74 del CPTSS, contempla un término de diez (10) días de traslado a los demandados para que se pronuncien sobre el contenido de la demanda.

Por otra parte, el artículo 109 del Código General del Proceso consagra la posibilidad que tienen los usuarios de la administración de justicia de utilizar el correo electrónico como medio idóneo para presentar memoriales y comunicaciones dirigidas a los Despachos Judiciales, precisando que en el buzón debe quedar registrada la fecha y hora de recepción de tales documentos, con el fin de verificar lo preceptuado en el último inciso de la misma norma que establece que *“Los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término”*, en igual sentido, con la declaratoria de emergencia sanitaria causada por el COVID 19, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 806 de 2020 con el fin de adoptar las medidas tendientes a agilizar los procesos judiciales, en los artículos 2.º y 3.º determinó el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones y los deberes de los sujetos procesales en relación con estas. Por ello, un aspecto relevante de estas disposiciones es cumplir los deberes constitucionales y legales para lograr la buena marcha del servicio público de administración de justicia, de modo que a los apoderados les corresponde estar atentos a los espacios tecnológicos dispuestos y desempeñar sus actividades a cabalidad.

Así pues, el Decreto 806 de 2020 propone un mecanismo alternativo a la citación a notificación personal o el aviso de notificación que consiste en la notificación que se da a través del envío de la providencia respectiva por medios electrónicos o similares a la dirección electrónica o sitio suministrado por el interesado en la notificación, esto ante la imposibilidad de poder continuar efectuando notificaciones personales que implicaran el contacto físico con las partes; el art. 8º de la norma establece que:

ARTÍCULO 8. Notificaciones personales. *Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio.*

El interesado afirmará bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la petición, que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar, informará la forma como la obtuvo y allegará las evidencias correspondientes, particularmente las comunicaciones remitidas a la persona por notificar.

La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.

Para los fines de esta norma se podrán implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos.

Cuando exista discrepancia sobre la forma en que se practicó la notificación, la parte que se considere afectada deberá manifestar bajo la gravedad del juramento, al solicitar la declaratoria de nulidad de lo actuado, que no se enteró de la providencia, además de cumplir con lo dispuesto en los artículos 132 a 138 del Código General del Proceso.

PARÁGRAFO 1. Lo previsto en este artículo se aplicará cualquiera sea la naturaleza de la actuación, incluidas las pruebas extraprocesales o del proceso, sea este declarativo, declarativo especial, monitorio, ejecutivo o cualquiera otro.

Caso en concreto.

En este caso, del expediente se observa que a través del correo electrónico del apoderado judicial de los demandantes jotapabogado@gmail.com el martes 29 de septiembre de 2020 a las 3:18 p.m., se remitió la demanda, los anexos de la demanda y la providencia que admitió la demanda al correo que reporta la cámara de comercio allegada por la demandada, cinso@cinso.com.co. En ella se menciona lo consagrado en el Decreto 806 de 2020 sobre la notificación personal, mensaje de datos que, contrario a lo afirmado por el apoderado judicial recurrente, efectivamente fue recibido por el sistema de correo acorde certifica la siguiente captura de pantalla:



[illegible]

Respecto al momento en que se considera notificado el demandado cuando se efectúa dicha notificación por el procedimiento contemplado en la normativa señalada anteriormente, la Corte Constitucional en sentencia C-420 de 2020 se pronunció declarando exequible de manera condicionada el inciso 3 del artículo 8 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en el entendido de que el término allí dispuesto empezará a contarse cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje, señalando que: ...*“A juicio de la Sala, este condicionamiento (i) elimina la interpretación de la medida que desconoce la garantía de publicidad, (ii) armoniza las disposiciones examinadas con la regulación existente en materia de notificaciones personales mediante correo electrónico prevista en los artículos 291 y 612 del CGP y, por último, (iii) orienta la aplicación del remedio de nulidad previsto en el artículo 8°, en tanto provee a los jueces mayores elementos de juicio para valorar su ocurrencia.”*

Fluye de lo expuesto que, con la información que reposa en el plenario, que se encuentra acreditada la notificación del auto admisorio de la demanda a la empresa COMERCIAL INDUSTRIAL CINSA S.A., por mensaje de datos con acuse de recibido y “EL DESTINATARIO ABRIÓ LA NOTIFICACIÓN”, desde el 29 de septiembre de 2020, y al ser contestada la misma el 1º de febrero de 2021, claramente se dará por no contestada ante la extemporaneidad de la misma.

Por las razones anteriores, no es procedente acceder a la petición del recurrente de la declaración de la contestación por conducta concluyente, ya que en este asunto primó la notificación personal analizada en renglones anteriores, en consecuencia, se dará por no contestada la demanda,

CONFIRMÁNDOSE en todas sus partes, el auto apelado fechado el 24 de enero de 2022, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

Se condenará en costas en esta instancia, por no prosperarle el recurso de apelación presentado por la parte demandada, fijando como agencias en derecho a cargo de la demandada empresa COMERCIAL INDUSTRIAL CINSA S.A. la suma de \$200.000 y a favor de los demandantes.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado fechado el 24 de enero de 2022, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la demandada CINSA S.A., por no haberle prosperado el recurso de alzada fijando como agencias en derecho, la suma de \$200.000 a cargo de la demandada empresa COMERCIAL INDUSTRIAL CINSA S.A. la suma de \$200.000 y a favor de los demandantes.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes.

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. 080, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2021-00175-00

Partida Tribunal: 19640

Demandante: HECTOR JULIO SUAREZ PACHECO

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

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día **09 de diciembre de 2021**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-004-2021-00175-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19640 promovido por el señor HECTOR JULIO SUAREZ PACHECO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

I. ANTECEDENTES

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

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Que nació el 20 de mayo de 1964, que el 25 de marzo de 1992 ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones al RPMPD. Que en julio de 2013

fue trasladado desde el régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR.

III. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDADAS

COLPENSIONES, S.A., a través de su apoderado judicial, acepta parcialmente los hechos, se opone a la totalidad de las pretensiones, sosteniendo que el demandante se afilió voluntariamente a PORVENIR encontrándose incurso en lo establecido por el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse.

Como excepciones de fondo expuso 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, 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, 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, INOMINADA O GENERICA.

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

Propuso como excepciones de fondo INEXISTENCIA DE LA OBLIACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, GENERICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 09 de diciembre 2021, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN O TRASLADO DE LA PARTE DEMANDANTE HECTOR JULIO SUAREZ PACHECO C.C. 13171289, DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN

DEFINIDA ADMINISTRADO POR EL ISS HOY COLPENSIONES S.A, AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD ADMINISTRADO POR LA AFP PORVENIR S.A, EN FECHA DEL TRASLADO JULIO DE 2013, TODO CONFORME A LO CONSIDERADO.

SEGUNDO.- CONDENAR AL FONDO PENSIONAL PORVENIR S.A., (DETERMINANTE DEL TRASLADO), ENTIDAD DONDE SE ENCUENTRAN HOY LOS RECURSOS APORTADOS POR LA PARTE DEMANDANTE, DEVOLVER A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., ENTIDAD QUE REPRESENTA EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, Y A FAVOR DE LA ACTOR, TODOS LOS VALORES QUE HUBIERE RECIBIDO DESDE EL TRASLADO Y HASTA EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA SENTENCIA, LA ENTREGA DE TODO EL CAPITAL RECIBIDO POR COTIZACIONES DE LA PARTE DEMANDANTE, BONOS PENSIONALES DE HABERSE COBRADO, SALDOS DE LA CUENTA INDIVIDUAL, SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA, CON TODOS SUS FRUTOS E INTERESES COMO LOS DISPONE EL ARTÍCULO 1746 DEL CÓDIGO CIVIL, ESTO ES, CON LOS RENDIMIENTOS QUE SE HUBIEREN CAUSADO, SIN LA POSIBILIDAD DE EFECTUAR DESCUENTO ALGUNO, NI POR ADMINISTRACIÓN NI POR CUALQUIER OTRO CONCEPTO, COMO SEGUROS PREVISIONALES (ARTÍCULO 20 INCISO 3 LEY 100 DE 1993 MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 7 LEY 797 DE 2003 Y LITERAL B) ARTICULO 60 LEY 100 DE 1993), PRECISANDO QUE SON DE CARGO DEL FONDO PENSIONAL PORVENIR S.A., LA DEVOLUCIÓN DE TODOS LOS RECURSOS QUE FUERON OBJETO DE DESCUENTO A LA DEMANDANTE POR LOS CONCEPTOS PRECITADOS DESDE EL INICIO DEL TRASLADO Y HASTA QUE SE DEVUELVAN LOS RECURSOS EN SU TOTALIDAD A COLPENSIONES S.A, POR HABER SIDO EL DETERMINADOR DEL TRASLADO DE RÉGIMEN, TODO CONFORME A LO CONSIDERADO. TÉRMINO PARA EL CUMPLIMIENTO 1 MES A LA EJECUTORIA DE LA SENTENCIA.

TERCERO. -DECLARAR QUE LA DEMANDANTE PARA EFECTOS PENSIONALES, SE ENCUENTRA AFILIADO AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, ADMINISTRADO EN SU MOMENTO POR EL EXTINTO I.S.S., Y HOY ADMINISTRADO POR LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., A LA EJECUTORIA DE ESTA SENTENCIA, POR LAS RAZONES EXPUESTAS.

CUARTO. - DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN POR LA PASIVAS Y SOBRE LAS DEMÁS PROPUESTAS HAY DECLARACIÓN ÍNSITA CONFORME A LO CONSIDERADO.

QUINTO. - DECLARAR LA BUENA DE LA PASIVA, NO OBSTANTE NO ES SUFICIENTE POR SI SOLA PARA ENERVAR EL DERECHO DE LA PARTE DEMANDANTE.

SEXTO: CONDENAR A COLPENSIONES S.A., A RECIBIR EL CAPITAL PENSIONAL PROCEDENTE DEL FONDO PRIVADO PORVENIR S.A, Y A FAVOR DE LA PARTE DEMANDANTE, INCLUYENDO LOS DESCUENTOS HECHOS, DESDE LA GENESIS DEL TRASLADO Y HASTA QUE SE DEVUELVAN, TRADUCIRLOS EN SEMANAS COTIZADAS DE ACUERDO AL IBC INFORMADO Y SOBRE EL CUAL COTIZO, TODO CONFORME A LO CONSIDERADO.

SEPTIMO.- CONDENAR EN COSTAS A FAVOR DE LA PARTE DEMANDANTE Y EN CONTRA DE LA DEMANDADA COLPENSIONES S.A., AGENCIAS IGUAL A 1 S.M.L.M.V. \$908.526 DECRETO 1785 DE 2020 POR HABERSE OPUESTO A LAS PRETENSIONES, Y A PORVENIR S.A, A 2 S.M.L.M.MV., \$1.817.052 POR HABER SIDO EL DETERMINANTE DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, FUNDAMENTO LEGAL ARTÍCULO 365-1 DEL C.G.P. EN CONCORDANCIA CON EL ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA. LAS AGENCIAS FIJADAS SE TENDRÁN EN CUENTA EN SU MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA LIQUIDAR LAS COSTAS.

OCTAVO.-. -ORDENAR ASÍ FUERE APELADO ESTE FALLO EN SU OPORTUNIDAD, POR PARTE DE COLPENSIONES S.A., SE SURTA EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA ANTE EL SUPERIOR FUNCIONAL, EN RAZÓN A QUE HAY CONDENA AL IMPONERSE UNA OBLIGACIÓN A COLPENSIONES S.A.

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

V. RECURSOS DE APELACIÓN

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la ineficacia del traslado no es procedente por estar fundamentada en la falta de información al afiliado, siendo que el señor HECTOR JULIO SUAREZ PACHECO estaba capacitado para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen.

Indicó la parte en su recurso que el demandante afirmó en interrogatorio de parte que nunca realizó trámite de traslado y que no firmó ningún documento, afirmación que está en contradicción con los documentos allegados al despacho. Señaló que han pasado varios años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que el accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen. Señaló que la carga de la prueba es dinámica, y que el demandante no presentó actos recientes de voluntad de traslado al régimen de prima media.

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

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

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

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

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

PROVENIR S.A. ratificó lo dicho en el recurso y la contestación de la demanda, alega que a la fecha del traslado no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal. Que la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley, cuando el afiliado firmó el formulario de traslado. Que la administradora informó por diferentes medios de comunicación a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y el demandante no hizo uso de ese legítimo derecho. *Nadie puede alegar su propia torpeza.* Que no es procedente condenar a la devolución de los gastos de administración cuando fue la misma Ley la que concedió la posibilidad de destinar del total del monto de aportes realizados al sistema el 3% para gastos de administración, y por ser estos, su remuneración, pues de admitirse tal posibilidad sin ninguna compensación al respecto, se estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor del sistema, quien es el que se ve beneficiado con tal situación, pues además de los rendimientos generados por la administradora, se están reintegrando con el patrimonio de la sociedad administradora de pensiones del régimen de ahorro individual los gastos de administración, dineros estos que fueron invertidos por la sociedad para garantizar la rentabilidad de los aportes que realizó el afiliado durante el lapso que estuvo en el régimen de ahorro individual. Por último, manifestó no estar conforme con la condena en costas.

COLPESIONES ratifica todo lo dicho en su defensa, sostiene que, a lo largo del debate probatorio llevado a cabo en la primera instancia, no se logró demostrar la indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado del demandante, razón por la cual, no es procedente su declaratoria; considera que el acto de afiliación al RAIS lo realizó la parte actora en forma libre y voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, además la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora, y COLPENSIONES por vía de jurisprudencia no puede otorgar Prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, razón por la cual negó el traslado en sede administrativa.

La parte demandante solicitó confirmar en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia.

VII. CONSIDERACIONES

La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado

por el artículo 35 de la ley 712 de 2001; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

Solución del problema jurídico.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Caso concreto

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

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

Así las cosas, se tiene que el demandante nació el 20 de mayo de 1964, que el 25 de marzo de 1992 ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones al RPMPD. Que en julio de 2013 fue trasladado desde el régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR.

Este hecho fue probado a folio 24 y 41 de los anexos de la contestación de la demanda por parte de Porvenir se observan documentos que acreditan que el demandante se trasladó a la AFP PORVENIR desde el 01 de julio del 2013, documentos que indican la fecha exacta del movimiento. Circunstancia que no demuestra la obligación de la AFP analizada en renglones anteriores, pues la información y la libre escogencia, no se trata de diligenciar un formato ni adherirse a una cláusula genérica, *“sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”.* (ver sentencia SL19447-2017).

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

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

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

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

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

Montos a restituir.

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con el traslado de régimen por el demandante, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala

de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PORVENIR S.A. las cosas deben retrotraerse, como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, confirmándose de esta manera, lo resuelto por la Juez A quo, en el sentido de reafirmar que al declarar la ineficacia del traslado

de régimen realizada por el afiliado HECTOR JULIO SUAREZ PACHECO desde el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A, éste último deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización.

Sobre la **excepción de prescripción formulada por las demandadas**, no opera en estos asuntos, ya que la condición de afiliado y, por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho de la afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas. En virtud a lo anterior, la decisión proferida por el Juez A quo deberá ser confirmada.

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 Colpensiones y PORVENIR 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, el valor equivalente a CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.00 m/cte.) a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A. y en favor del demandante.

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

VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 09 de diciembre de 2021.

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

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. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto 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: Ejecutivo-

Rad. Juzgado. 54-405-31-03-001-2019-00102-00

Partida Tribunal: 19319

Juzgado: Civil del Circuito de los Patios

Ejecutante: NAVARRO PEREZ Y ASOCIADOS S.A.S.

Ejecutado: HOSPITAL ERASMO MEOZ

Asunto: Apelación de Auto-Libra mandamiento pago

San José de Cúcuta, tres (3) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Sería del caso resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra del auto proferido por la Juez Civil del Circuito de los Patios el día 26 de junio de 2018 (sic), dentro del proceso ejecutivo laboral Radicado N.º 54-405-31-03-001-2019-00102-00 y Partida de este Tribunal N.º 19319, promovido por la sociedad NAVARRO PÉREZ Y ASOCIADOS S.A.S. mediante apoderado judicial, en contra de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ, si no se observara que el recurso de apelación fue presentado en forma extemporánea además, de haberse presentado durante el transcurso del proceso, las siguientes anotaciones, que limitan la competencia de la Sala por las razones que a continuación se explican:

ANTECEDENTES.

La sociedad ejecutante presentó solicitud de librar mandamiento de pago contra LA ESE HEM, por la suma de \$260.000.000 y \$317.000.000 como capital por concepto de honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios celebrado entre el mandante y el demandado, correspondiente a las agencias en derecho, las cuales fueron decretadas por el Juzgado Civil del Circuito de los Patios, en los procesos ejecutivo de radicado N. 54-405-31-03-001-2014-00023-00 y N. 54-405-31-03-001-2014-00024-00 el ejecutivo adelantado contra ECOOPSOS S.A., por intereses legales sobre las sumas anteriores hasta que se pague la totalidad, al pago de las costas procesales, junto con las medidas cautelares de embargo y secuestro de las cuentas bancarias.

Previo a continuar con el relato de los antecedentes, la Sala aclara que a pesar de haberse fechado el auto que libró mandamiento de pago en primera instancia el 26 de junio de 2018, visto a folios 287-289 del expediente digital y físico a folios 143-145, el mismo debe corresponder al año 2019, ya que la misma demanda fue presentada el 04 de junio de 2019 (fl.241-256 expediente digital), sin embargo, para efectos de resolver el recurso interpuesto, se tomara el año en el que esta previamente suscrito por la Juez A quo, esto es, 2018.

El juzgado de primera instancia por decisión fechada el 26 de junio de 2018 (sic) (folios 287-289 del expediente digital), procedió a librar mandamiento de pago a favor de la ejecutante y cargo de la ejecutada, de la siguiente forma:

“PRIMERO: ORDENAR AL HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ en el término de cinco días, las siguientes sumas de dinero:

- a) CIENTO SESENTA Y UN MILLONES SESENTA Y OCHO MIL PESOS (\$161.068.000) por concepto de honorarios profesionales pactados en el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes, correspondiente a las agencias en derecho, las cuales fueron decretadas por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE LOS PATIOS, en proceso ejecutivo que bajo el radicado No.544053103001-2014-00023-00, el demandado adelantó contra la EMPRESA COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD ECOOPSOS S.A.S. más los intereses moratorios causados desde el día 10 de agosto de 2017, fecha en la que se hizo exigible su pago, hasta que se cancele la totalidad de la pretensión.*
- b) Por concepto de TRESCIENTOS DIECISIETE MILLONES DE PESOS (\$317.000.000), por concepto de honorarios profesionales pactados en el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes, correspondiente a las agencias en derecho, las cuales fueron decretadas por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE LOS PATIOS, en proceso ejecutivo que bajo el radicado No.544053103001-2014-00024-00, el demandado adelantó contra la EMPRESA COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD ECOOPSOS S.A.S. más los intereses moratorios causados desde el día 14 de diciembre de 2017, fecha en la que se hizo exigible su pago, hasta que se cancele la totalidad de la pretensión.*

SEGUNDO: Notificar personalmente ese mandamiento de pago...

TERCERO: Decretar el embargo y retención de las sumas de dinero depositadas en los procesos ejecutivos que cursan en el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE LOS PATIOS, radicados No.544053103001-2014-00023-00 No.544053103001-2014-00024-00...

CUARTO: Decretar el embargo y retención de las sumas de dinero depositadas en cuenta corriente, de ahorros o cualquier otro título bancario o financiero, con las excepciones de las cuentas inembargables, que posea el demandado ESE HEM...

QUINTO: Limitar el embargo hasta la suma de \$717.000.000, conforme lo dispuesto en el art. 593 numeral 10 del CGP, para lo cual deberán tener en cuenta el límite previsto cuando se trate de cuentas de ahorro.

SEXTO: Reconocer personaría...”

I. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

La alzada es procedente conforme a lo normado en el numeral 8º del artículo 65 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 29 de la ley 712 de 2001, el cual señala que este medio de impugnación se puede incoar contra el auto que decide sobre el mandamiento de pago.

II. OPORTUNIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN

Según consta en el expediente digital, se tiene que el recurso fue fijado por estado el 02 de julio de 2019 y comunicado a la ejecutante HEM, sin embargo, la demandada interpuso el recurso de apelación el 02 de febrero de 2021, siendo extemporáneo según lo previsto en el artículo 65 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 29 de la ley 712 de 2001, numeral 1 del inciso segundo; bajo estas consideraciones, se declarará la ilegalidad del auto de fecha primero (1º) de julio de 2021 inclusive, por medio del cual se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el auto proferido por la Juez Civil del Circuito de los Patios el día 26 de junio de 2018 (sic).

Por otra parte, se hace procedente aclarar que la tardanza en la resolución de la petición, aconteció como resultado de la omisión de parte del Juzgado de primera instancia en aportar de forma completa el expediente electrónico conforme a las normatividad vigente, siendo hasta el 05 de julio de 2022 debidamente enviado al correo del Despacho donde se pudo comprobar, que ya se surtieron las etapas de contestación y decisión de excepciones del proceso ejecutivo, del cual, se observa que mediante auto fechado el 22 de marzo de 2022, la Juez Civil del Circuito de los Patios DECRETÓ la nulidad de todo lo actuado por la indebida notificación de la demanda a una de las partes, no existiendo a la fecha de esta providencia, recursos por resolver que requiera pronunciamiento de esta Sala de Decisión; luego entonces, se ORDENARÁ de forma INMEDIATA sea DEVUELTO EL EXPEDIENTE.

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: DEJAR SIN EFECTO, en ejercicio del control de legalidad, el auto fechado el primero (1º) de julio de 2021 inclusive, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DEVOLVER de forma INMEDIATA el expediente al Juzgado Civil del Circuito de los Patios.

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. 080, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto 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. 544053103001-2020-00075-00

Rad. Interno: 19604

Juzgado: Civil del Circuito de los Patios

DTE/ NUBIA STELLA SANDOVAL PAEZ

DDO/ PAOLA KATERINE MANTILLA BAYONA

Tema: Nulidad- Ausencia de poder

San José de Cúcuta, **tres (03) de agosto** 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 16 de noviembre de 2021, proferido por el Juzgado Civil del Circuito de los Patios dentro del proceso ordinario laboral presentado por la señora NUBIA STELLA SANDOVAL PAEZ contra la señora PAOLA KATERINE MANTILLA BAYONA.

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

La señora NUBIA STELLA SANDOVAL PAEZ, por medio de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de los señores MANUEL OLINTO PRADA ADARME y PAOLA KATHERINE MANTILLA BAYONA, pretendiendo, entre otras cosas, la declaratoria de un contrato de trabajo realidad entre las partes, demanda que fue admitida por la Juez A quo, mediante auto de fecha 10 de agosto de 2020 (folio 15); posteriormente, mediante memorial de fecha 31 de agosto de 2020, la parte activa informa al juzgado que el señor PRADA ADARME falleció (folio 16).

Frente a la demanda interpuesta en su contra, la señora PAOLA KATHERINE PRADA BAYONA dio contestación, proponiendo la excepción previa de ausencia absoluta de poder para demandar (folios 50 a 55), procediendo la Juez A quo, nuevamente, y sin realizar aclaración alguna, a estudiar la admisión de la demanda, resolviendo en auto de fecha 18 de noviembre de 2020, que la misma debía ser subsanada, dado que, en virtud del fallecimiento del señor PRADA ADARME, este no tenía capacidad para ser parte procesal, lo cual efectuó la parte interesada mediante memorial

presentado el 01 de diciembre de 2020, procediendo la Juez A quo a admitir, nuevamente la demanda, a través de auto del día 14 del mismo mes y año, frente a lo cual, la señora PAOLA KATHERINE MANTILLA BAYONA procedió a dar contestación a la demanda, proponiendo de nuevo, la excepción previa de ausencia absoluta de poder para demandar (folios 76 a 81).

El día 08 de febrero de 2021 (folios 83 a 88) el apoderado de la parte demandante allega poder otorgado por la señora NUBIA STELLA SANDOVAL PAEZ para demandar a la señora PAOLA KATHERINE MANTILLA BAYONA.

II. AUTO OBJETO DE APELACIÓN

En audiencia de trámite de fecha 16 de noviembre 2021, la señora Juez Civil del Circuito de los Patios resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado por ausencia total de poder, indicando que en este caso, y en virtud del artículo 133 del CGP, nos encontramos frente a una carencia absoluta de poder, lo cual constituye una de las causales de nulidad allí previstas.

III. APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La parte demandante no se encontró de acuerdo con la decisión anterior, por lo que interpuso recurso de apelación manifestando que, tal y como lo manifestó la juez de conocimiento, al proceso se allegaron dos poderes y por tanto solicita se revisen las actuaciones que se dieron dentro del trámite.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

PARTE DEMANDANTE. Indicó la parte que al momento de presentar la demanda laboral de la referencia, está se interpuso en contra del señor Olinto Prada Adarme (q.e.p.d) y la señora Paola Katherine Mantilla Bayona, pero ante el hecho fortuito del deceso del señor Olinto Prada Adarme, la parte demandante decide direccionar la demanda únicamente en contra de la señora Paola Katherine Mantilla Bayona y es así como se allega un nuevo poder, en que faculta al apoderado para convocar únicamente a la señora Mantilla Bayona.

Que se puede observar el poder allegado al despacho el 8 de febrero de 2021 y del cual el despacho acusó el recibido el mismo 8 de febrero

de 2021, sobre las 2:09 pm, poder que fue otorgado por la señorita Nubia Stella Sandoval Páez; que además, la norma permite otorgar el poder al interior de la audiencia, tal como ocurrió en este caso ya que el artículo 74 del C.G.P. establece que “El poder especial incluso se puede conferir verbalmente en audiencia, o mediante memorial dirigido al juez que conoce el proceso”.

Solicitó que de acuerdo al poder allegado y ratificado verbalmente en audiencia, se declare que está facultado para representar a la señorita Nubia Stella Sandoval Páez, en el presente proceso y se le dé continuidad al mismo

Surtida la etapa de presentación de los alegatos de conclusión, sin que la parte demandada ejerciera su derecho correspondiente, se procede a resolver el recurso de apelación, con fundamento en las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los antecedes presentados, es preciso concluir que la providencia apelada es susceptible de tal recurso, según lo dispuesto en el numeral 6º 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 nulidades procesales”.

En relación con lo que es objeto de debate, debe definir esta Sala de Decisión si en este caso se configura la causal de nulidad por carencia integral de poder, tal y como fue decretado por la Juez A quo.

Sea lo primero advertir que la nulidad declarada se encuentra consagrada en el artículo 133 del CGP aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPTYSS, indicando aquel lo siguiente:

ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

(...)

4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa **como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.**

Así mismo, dicha codificación en su artículo 135 advierte que la nulidad por indebida representación **solo podrá ser alegada por la persona afectada,** indicando el artículo 137 que, en caso de que el juez advierta la existencia de esta causal N° 4, deberá notificárselo al afectado de conformidad con las reglas consignadas en los artículos 291 y 292 del CGP, y si dentro de los tres días siguientes a la notificación, dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso, debiendo ser declarada en caso contrario.

De lo anterior, forzoso resulta afirmar que el trámite llevado a cabo por la juzgadora de primer nivel se encuentra a todas luces, en contra de las normas procesales previamente mencionadas, por las siguientes razones:

En primer lugar, según el artículo 135 CGP la nulidad por indebida notificación únicamente podrá ser alegada por la parte afectada, por lo que mal podría ser decretada de oficio por la juez A quo, tal y como sucedió en el presente proceso, ya que, en caso de no haber sido alegada por la demandante, el procedimiento que debía seguir la togada es aquel consignado en el artículo 137 CGP, es decir, poner en conocimiento a la parte de la irregularidad procesal presentada con el fin de que, si a bien lo quisiera, fuera propuesta la nulidad correspondiente, o se entendiera saneada en caso de omitir la proposición de aquella.

Sin embargo, la Juez Civil del Circuito de los Patios omitió dicho trámite, procediendo a declarar, de oficio, la nulidad de todo lo actuado por considerar que existía en el proceso una carencia absoluta de poder, sin haber dado la oportunidad a la parte demandante de allegar el poder correspondiente, o incluso, guardar silencio, saneando así el vicio del que adolecía, según la Juez A quo, el proceso.

En segundo lugar, observa la Sala que a folio 5 reverso, fue aportado con la demanda inicial el poder para actuar otorgado por la señora NUBIA STELLA SANDOVAL PAEZ al abogado Dr. JAVIER ALFONSO ARIAS PARADA, para la presentación de una demanda ordinaria laboral en contra del señor MANUEL OLINTO PRADA ADARME, así:

Señora

JUEZ CIVIL CIRCUITO DE ORALIDAD DE LOS PATIOS

E.

S.

D.

NUBIA STELLA SANDOVAL PAEZ, persona mayor de edad, identificada con cedula de ciudadanía No. 1.090.451.306 de Cúcuta y residente en el municipio de Sardinata, comedidamente otorgo poder amplio y suficiente al doctor JAVIER ALFONSO ARIAS PARADA, mayor y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía N° 13463961 expedida en, Cúcuta, y portador de la T.P. N° 306.488 del Consejo Superior de la Judicatura para que a mi nombre impetren demanda laboral de primera instancia ante ese despacho judicial contra el señor Manuel Olinto Prada Adarme y, residentes en

El doctor Arias, cuenta con poder suficiente y amplio, tal como lo establece el artículo 77 de C.G.P. "Salvo estipulación en contrario, el poder para litigar se entiende conferido para solicitar medidas cautelares extraprocesales, pruebas extraprocesales y demás actos preparatorios del proceso, adelantar todo el trámite de este, solicitar medidas cautelares, interponer recursos ordinarios, de casación y de anulación y realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente las condenas impuestas en aquella".

Mis apoderado podrá formular todas las pretensiones que estimen conveniente, igualmente está habilitado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, prestar juramento estimatorio y confesar espontáneamente. Este poder también los habilita para reconvenir y todo lo relacionado con la reconvenición y la intervención de otras partes o de terceros.

Así mismo podrá realizar actos reservados por la ley a la parte misma; recibir, conciliar, transar, allanarse, así como disponer del derecho en litigio.

Cierto resulta entonces que en el poder inicialmente conferido al Dr. ARIAS PRADA y que fuera aportado con la demanda, no fue incluida la señora PAOLA KATHERINE MANTILLA BAYONA como extremo pasivo de la Litis; sin embargo, a folio 88 del expediente se observa que fue allegado, mediante correo electrónico el día 08 de febrero de 2021, data anterior a la audiencia del artículo 77 CPTYSS, un segundo poder, en el cual la señora NUBIA STELLA SANDOVAL PAEZ otorga facultades al Dr. JAVIER ALFONSO ARIAS PARADA, para la presentación de una demanda ordinaria laboral en contra de aquella, así:

Señora.
Rosalía Gelvez Lemus,
JUEZ 1º Civil Circuito de Oralidad de Los Patios,
E. S. D.

NUBIA STELLA SANDOVAL PAEZ, persona mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.090.451.306 de Cúcuta y residente en el municipio de Sardinata, comedidamente otorgo poder amplio y suficiente al doctor JAVIER ALFONSO ARIAS PARADA, mayor y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía N° 13463961 expedida en, Cúcuta, y portador de la T.P. N° 305 488 del Consejo Superior de la Judicatura para que a mi nombre impetren demanda laboral de primera instancia ante ese despacho judicial contra de la señora: Paola Katherine Mantilla Bayona

El doctor Arias, cuenta con poder suficiente y amplio, tal como lo establece el artículo 74 y 77 de C.G.P. "Salvo estipulación en contrario, el poder para litigar se entiende confiendo para solicitar medidas cautelares extraprocesales, pruebas extraprocesales y demás actos preparatorios del proceso, adelantar todo el trámite de este, solicitar medidas cautelares, interponer recursos ordinarios, de casación y de anulación y realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente las condenas impuestas en aquella".

Mi apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente, igualmente está habilitado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, prestar juramento estimatorio y confesar espontáneamente. Este poder también los habilita para reconvenir y todo lo relacionado con la reconvenición y la intervención de otras partes o de terceros.

De lo anterior, patente surge que no le asistió razón a la juez a quo al declarar la nulidad del proceso por carencia de poder, dado que en el expediente sí reposaba, a folio 88, el poder otorgado al profesional del derecho para impetrar demanda ordinaria laboral en contra de la señora PAOLA KATHERINE MANTILLA BAYONA; e incluso, de no ser así, el trámite que debió haber sido observado por la juez de primer nivel es, como se dijo, el consagrado en el artículo 137 CGP, tal y como lo hiciera la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en providencia con radicado AL8419-2016, ocasión en la cual indicó que *"Como quiera que al darse traslado de la eventual nulidad a la parte accionante, e incluso a su apoderado principal, fundada en su indebida representación por carencia total de poder para el respectivo proceso de la persona que en su nombre interpuso el recurso de casación, ésta no se pronunció, ello que indica que quedó saneada, por lo que la consecuencia debe ser la admisión del recurso extraordinario"*.

Así las cosas, no queda otro camino para esta Sala que REVOCAR la providencia proferida el 16 de noviembre de 2021 por el Juzgado Civil del Circuito de los Patios y en su lugar, ORDENAR que se continúe el trámite del proceso teniendo en cuenta las consideraciones aquí expuestas.

Sin costas en esta instancia por haber prosperado el recurso interpuesto.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por intermedio de su Sala de Decisión Laboral,

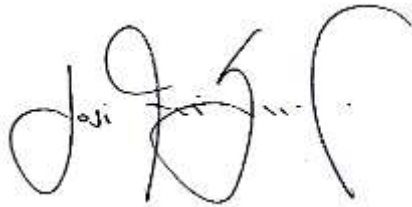
VI. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia proferida el 16 de noviembre de 2021 por el Juzgado Civil del Circuito de los Patios y en su lugar, **ORDENAR** que se continúe el trámite del proceso teniendo en cuenta las consideraciones aquí expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes.

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. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de agosto de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO : ORDINARIO LABORAL
RAD. ÚNICO : 54-405-31-03-001-2021-00079-01
P.T. : 19901
DEMANDANTE : RAÚL FERRER GONZALEZ
**DEMANDADO : PISOS Y ENCHAPES LOS VADOS, LADRILLERA
LOS VADOS**

**MAGISTRADO PONENTE:
DR. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

Realizado el examen preliminar, se admite el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el juzgado Único Laboral del Circuito de los Patios de fecha 06 de junio de 2022, en favor de la parte actora, toda vez que la decisión es adversa a sus pretensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-498-31-05-001-2021-00097- 00
PARTIDA TRIBUNAL: 19538
JUZGADO: ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE
OCAÑA
DEMANDANTE: ALFONSO GÓMEZ RIVERA
DEMANDADO: ECOPETROL Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN AUTOS
TEMA: REINTEGRO -FUERO SINDICAL-

San José de Cúcuta, **tres (03)** de agosto de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de apelación promovidos por la parte demandada en contra del auto proferido el día 05 de octubre de 2021 por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, dentro del proceso especial de reintegro- fuero sindical seguido bajo el radicado No. 54-498-31-05-001-2021-00097-00 y P.T. No. 19538 promovido por el señor ALFONSO GÓMEZ RIVERA en contra de la sociedad ECOPETROL, S.A., y con citación de la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, la empresa CENIT LOGÍSTICA Y TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS y la ASOCIACIÓN SINDICAL DE LA INDUSTRIA DE TRABAJADORES DEL PETROLEO Y LOS HIDROCARBUROS "ASINTRAPEH.

I. PRETENSIONES

El señor ALFONSO GÓMEZ RIVERA., por intermedio de apoderado judicial, interpone demanda especial de reintegro- fuero sindical con el fin de que se ordene a ECOPETROL el cese de la vulneración a su garantía de fuero sindical, y en consecuencia se ordene su retorno y restitución a la empresa, absteniéndose de generar algún tipo de desmejora en todos los conceptos legales y convencionales que se derivan de la relación laboral.

II. HECHOS

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

1. Indicó que ostentaba la calidad de servidor público como trabajador de ECOPETROL vinculado mediante contrato individual de trabajo a término indefinido desde el 01 de marzo de 1993, con una antigüedad acumulada de tiempo de servicios por más de 29 años hasta el día 01 de febrero de 2021, fecha en que se dio la ruptura de su contrato bajo la sustitución patronal ante CENIT LOGÍSTICA Y TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS.
2. Que hace varios años es beneficiario por ser afiliado, de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo USO y ECOPETROL, S.A.
3. Que la nueva arquitectura jurídica, administrativa, financiera y organizacional aplicada a ECOPETROL permitió que fuera desmembrada en varios proyectos empresariales a cargo de diversas sociedades en las cuales ECOPETROL actúa como accionista único o mayoritario.
4. Que partir del 13 de diciembre de 2006 se empezaron a inscribir ante la Cámara de Comercio de Bogotá las situaciones de control y/o grupo empresarial al interior del GEE. Las situaciones inscritas incluyeron los casos de oleoducto centra SAS, Oleoducto de Colombia SA, Oleoducto de los Llanos S.A.
5. Que el 15 de junio de 2012 se dio vida al Decreto 1320 de esa fecha "por el cual se autoriza a Ecopetrol S.A., para participar en la constitución de una filial. El Decreto 1320 establece en sus dos primeros artículos lo siguiente: "Artículo 1". Autorizar a Ecopetrol S.A., para participar en la constitución de una filial, cuyo objeto social principal será el transporte y/o almacenamiento de hidrocarburos, sus derivados, productos y afines, a través del sistema de transporte o almacenamiento propio o de terceros en la República de Colombia o en el exterior o en cualquier otra actividad complementaria y/o conexas sin perjuicio de lo que establezcan sus propios estatutos sociales. Artículo 2. La autorización que por este decreto se confiere deberá ejercerse de acuerdo con lo establecido en la ley 489 de 1998 en lo que respecta a la constitución de sociedades descentralizadas indirectas y demás normas que la reglamenten.
6. Que Cenit se conformó con todos los activos asociados al transporte de hidrocarburos y derivados Ecopetrol, así como las participaciones accionarias en Ocesa, Oleoducto de los llanos, Oleoducto Bicentenario y Oleoducto de Colombia. Los contratos de transporte de Ecopetrol fueron cedidos a la nueva sociedad manteniendo las condiciones entre las partes. A su vez Cenit le garantizó a Ecopetrol la capacidad para el transporte y manejo de sus hidrocarburos.
7. Que Ecopetrol S.A., continuó realizando la operación y mantenimiento de la infraestructura de transporte, vía suscripción de los respectivos contratos con Cenit, empleando para ello a sus propios trabajadores beneficiarios de la convención colectiva de trabajo.
8. Que el 01 de abril de 2013 entre Ecopetrol y su filial Cenit se celebró un contrato de Operaciones y mantenimiento, mediante el cual Cenit contrató los servicios especializados de operación, mantenimiento, gestión de riesgos por emergencia y desastres y complementarios de la infraestructura de Cenit.

9. Que el objeto contractual del convenio suscrito entre Ecopetrol y Cenit, lo venía ejecutando la primera de tales compañías con los trabajadores de su vicepresidencia de transporte, a quienes se les aplica íntegramente la Convención Colectiva, siendo el demandante que amparado por la convención colectiva prestaba sus servicios personales en las instalaciones productivas cedidas por Ecopetrol a la filial Cenit.
10. Que en al año 2019, Ecopetrol y Cenit decidieron cambiar el modelo organizacional implementado desde el año 2013 y variar lo acordado contractualmente entre ellas, con el consiguiente riesgo de terminación de los contratos de trabajo de los trabajadores de la VIT que venían prestando sus servicios personales en las instalaciones y dependencias de propiedad de Cenit S.A.S.
11. Que bajo el entendido de que la sociedad empleadora sustituida (Ecopetrol) y la sociedad empleadora sustituta (Cenit) respetarían la totalidad de los derechos de los trabajadores que integrarían la comunidad de sujetos pasivos de la sustitución patronal, el 16 de enero de 2021 se acordó y suscribió acta de acuerdo en cuyo ordinal 2, de manera clara y expresa se estipuló: "2. Conforme a los artículos 67, 68, 69 y 70 del Código Sustantivo del trabajo, los empleados sustituidos mantendrán a cargo de CENIT las mismas condiciones consagradas en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Ecopetrol y la USO 2018-2022". El numeral 12 del acuerdo del 16 de enero de 2021 preceptúa que: "La suscripción de esta acta de acuerdo no implica limitación en el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, ni de los derechos de las empresas en el marco de la sustitución patronal (...)".
12. El demandante ALFONSO GOMEZ RIVERA tenía asignadas en ECOPETROL S.A. las funciones específicas como servidor público en la Vicepresidencia de Transporte. OCLC. Planta Oru (Norte de Santander) y es director sindical del sindicato de industria y de primer grado denominado ASOCIACIÓN SINDICAL DE LA INDUSTRIA DE TRABAJADORES DEL PETROLEO Y LOS HIDROCARBUROS e siglas "ASINTRAPEH" coexistente al interior de ECOPETROL S.A. donde ostenta el Cargo de VICEPRESIDENTE de la Junta directiva Principal desde el 15 diciembre de 2.020.-, por lo tanto goza de la garantía constitucional del Fuero Sindical conforme al artículo 39 de la Constitución Nacional, los artículo 405, 406 y 407 del Código Sustantivo del Trabajo, convenio 135 de 1971, a la recomendación 143 de 1971 y a la jurisprudencia vigente; el contrato de trabajo del demandante señor ALFONSO GOMEZ RIVERA no podía y no puede ser terminado unilateralmente sin justa causa plenamente comprobada por el juez de trabajo, así como no podía y no puede ser desmejorado sin autorización judicial previa, ello en razón al fuero sindical derivado de su calidad de integrante de la Junta Directiva Nacional del Sindicato de Trabajadores del Petróleo y Gas en sigla ASINTRAPEH.
13. Que radicó reclamación administrativa ante ECOPETROL S.A. sobre las pretensiones de esta demanda el 15 de marzo de 2.021, la cual se despachó de forma desfavorable el día 31 de marzo de 2021 por parte de la demandada bajo el argumento de que la sustitución patronal operó de pleno derecho respetando los beneficios y prestaciones individuales.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

Notificada de la demanda presentada en su contra, ECOPETROL, S.A. dio formal contestación a la misma, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones previas aquellas de prescripción de la acción, falta de legitimación en la causa por activa, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de reclamación administrativa parcial e indebida acumulación de pretensiones.

Por su parte, en su contestación a la demanda, CENIT LOGÍSTICA Y TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS propuso las excepciones previas de falta de competencia por falta de reclamación administrativa, ineptitud de demanda por falta de requisitos formales y prescripción.

IV. AUTO OBJETO DE APELACIÓN

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO OCAÑA, en auto de fecha 05 de octubre de 2021 resolvió declarar como no probadas las excepciones previas propuestas por el extremo pasivo.

Para resolver lo anterior, argumentó lo siguiente:

- EXCEPCIONES PROPUESTAS POR CENIT:
 - Falta de competencia por falta de reclamación administrativa: Indicó el Juez que no se encuentra probada por cuanto la entidad no es catalogada como demandada en el proceso y en su contra no va encaminada ninguna pretensión propuesta por la parte activa.
 - Prescripción: Con el mismo fundamento anterior, rechazó la misma dado que no hay acción dirigida en su contra y por lo tanto no procedería su prescripción.
- EXCEPCIONES PROPUESTAS POR ECOPETROL:
 - Indebida acumulación de pretensiones: Manifestó el A quo que la empresa se refiere de manera particular a la indebida acumulación de pretensiones basándose en el artículo 88 del Código General del Proceso y el Código Procesal Laboral solo permite remisión cuando hay vacíos en estas normas, de acuerdo al artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y por el contrario en el tema de la demanda y la acumulación de pretensiones, esto está expresamente regulado en el código es el artículo 25A por lo que no se podría atender entonces una excepción previa de indebida acumulación de

pretensiones que tiene como fundamento el artículo 88 del CGP que no sería aplicable por revisión porque contamos en nuestro procedimiento laboral con una norma expresa.

- Falta de reclamación administrativa parcial: señaló que ECOPETROL alega que no se incluyeron dentro de la reclamación administrativa el total de todas las pretensiones que se señalan en la demanda y hace referencia a los numerales cuarto, quinto, sexto y séptimo; sin embargo al ver la solicitud que hace el demandante en dicha reclamación administrativa, en tres puntos sí hace referencia de manera general a lo que tiene que ver con las pretensiones de la demanda, siendo que no tienen que ser exacto el número de pretensiones que se incluye en una y en otra.
- Falta de legitimación en la causa por pasiva: Indicó que de los hechos de la demanda es evidente que es en ECOPETROL, S.A. sobre quien recae las situaciones fácticas alegadas, por lo que es la llamada a conformar el extremo pasivo.
- Falta de legitimación en la causa por activa: indicó que de la copia del depósito que se realizó frente al Ministerio Público el cual se allegó por el apoderado judicial de la parte demandante Manuel Francisco Reyes, se pudo verificar el nombre del sindicato y se demuestra que el demandante se encuentra vinculado al mismo.
- Prescripción: Manifestó el juez que el momento en que se desmejoró el contrato de trabajo del demandante fue el 01 de febrero de 2021, fecha en que la misma se hizo efectiva y no desde el momento en que el trabajador se enteró anticipadamente, por lo que la reclamación realizada con anterioridad a esa fecha no puede ser tenida en cuenta.

V. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las entidades demandadas interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

- CENIT: Manifestó su inconformidad respecto de la negativa de declarar probada la excepción de **falta de competencia por falta de reclamación administrativa** indicando que en el poder otorgado por el demandante a su apoderado es clara la intención de aquel de interponer un proceso en contra del CENIT y por tanto debía presentar la reclamación administrativa correspondiente, dado que esta es una empresa de economía mixta; y dado que no existió ninguna reclamación, se debe declarar probada la **excepción de prescripción** frente a ella.

Así mismo, indicó que se debe declarar probada la **excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales**, ya que la entidad tuvo conocimiento del proceso únicamente en julio de 2021

sin que se le hubiera notificado de la presentación de la demanda en el mes de abril.

- ECOPETROL: Mostró su descontento la parte frente a la declaratoria de no probadas de las siguientes excepciones previas:
 - Prescripción: Indicó que el demandante presentó una reclamación administrativa el día 30 de enero de 2021, a la cual se da respuesta el día 10 de febrero, por lo que es a partir de ese día que debe hacerse el cómputo de los dos meses de que trata el artículo 118A del CPTSS, lo cual mostraría que la demanda fue interpuesta fuera de término.
 - Legitimación en la causa por pasiva: alegó que en las demandas de fuero sindical debe existir una de los tres supuestos que establece la norma, es decir o que la persona haya sido despedida, que haya sido trasladada de manera injusta o que la persona haya sido desmejorada; que en este caso la desmejora no la genera Ecopetrol; que el vínculo del empleado se ha mantenido, ya que la figura que se aplica es la sustitución patronal que no exige bajo ninguna circunstancia una autorización judicial para poder hacerse efectiva; alega que una sustitución patronal mal podría generar un desmejoramiento en la situación directa de un empleado.
 - Falta de reclamación administrativa parcial: Alega la parte que al presentarse esta excepción, el juez debe simplemente realizar la comparación tomando la reclamación administrativa presentada y la demanda, teniendo la obligación de excluir de esta última las pretensiones que no coincidan, sin que haya lugar a interpretaciones.
 - Indebida acumulación de pretensiones: Solicitó que se estudie esta excepción sin otorgar relevancia a la norma que fue alegada para su fundamentación; alegó que las pretensiones incluidas en la demanda no son suficientemente claras y son de difícil interpretación.

VI. CONSIDERACIONES

Como primera medida es necesario tener en cuenta el artículo 65 del Código de Procedimiento Laboral y la SS, que establece en su numeral 3º que uno de los autos que es apelable proferido en primera instancia es: “El que decida sobre excepciones previas”, por lo que conforme lo señalado es competente este Tribunal para conocer y decidir el recurso.

Procede la Sala a determinar si le asiste razón al A quo al declarar no probada las excepciones previas propuestas por las partes demandadas, ECOPETROL y CENIT, de (i) falta de competencia por falta de reclamación administrativa, (ii) inepta demanda, (iii) prescripción, (iv) legitimación en la

causa por pasiva, (v) falta de reclamación administrativa parcial e (vi) indebida acumulación de pretensiones.

EXCEPCIONES PREVIAS PROPUESTAS POR CENIT

El *a quo* determinó que las excepciones propuestas por la entidad no estaban llamadas a prosperar, dado que CENIT S.A.S. fue vinculada al proceso como litisconsorcio necesario por pasiva en el auto admisorio y ante ello, no existía el deber de adelantar la reclamación administrativa ni la remisión previa de la demanda; lo que refuerza advirtiendo que las pretensiones no se dirigen contra CENIT S.A.S. sino contra ECOPETROL. Conclusión que rechaza el apelante, quien resalta que la demanda en su acápite inicial y final se dirige en su contra, por lo que no es posible ignorar la aplicabilidad de las normas sobre requisito de procedibilidad y formalidades para admitir la demanda.

Falta de reclamación administrativa

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 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 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 omita 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 definió 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.

Entonces, para el presente caso se alega por parte de CENIT S.A.S. que en su contra debía agotarse reclamación administrativa porque la demanda siempre estuvo dirigida en su contra y al tratarse de una sociedad de economía mixta, esto constituye un requisito de procedibilidad que habilita la competencia del juez para pronunciarse sobre las pretensiones; argumentos desestimados por el *a quo* al entender que la demanda se dirigió contra ECOPETROL y la intervención de CENIT S.A. fue como vinculado.

Atendiendo al desarrollo jurisprudencial que se expuso de la reclamación administrativa, su exigencia como requisito de procedibilidad no es una mera formalidad, sino que tiene la finalidad de entregar a la administración pública la oportunidad previa de conocer las pretensiones en su contra y evaluar la posibilidad de reconocerlas, evitando que la controversia alcance los estrados judiciales. Por eso, estima la Sala que asiste razón al *a quo* cuando advirtió que la exigencia de esta reclamación no podía entenderse absoluta respecto de todas las partes vinculadas al proceso, sino que depende de la posición que cumplen en el mismo y esta viene determinada por las pretensiones elevadas en su contra.

En ese sentido, se advierte inicialmente que lo invocado por el actor es una acción especial de fuero sindical para solicitar reintegro y por ello, la naturaleza de esta pretensión **solo puede ser exigida ante el empleador que se afirma desconoció la garantía constitucional** sin acudir al juez laboral para solicitar autorización. Situación que se refleja en la demanda interpuesta, cuyas pretensiones se dirigen exclusivamente contra ECOPETROL S.A., por estimar que como empleador desconoció el fuero sindical y por ende, debe reintegrarlo en las mismas condiciones laborales en que se encontraba para el 29 de enero de 2021.

Respecto de la intervención de CENIT S.A.S., se advierte que desde el encabezado de la demanda se identifica como demandado a ECOPETROL y de manera separada se solicita la convocatoria por tener interés en las resultados de la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, CENIT LOGÍSTICA Y TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS S.A.S. y al sindicato SINTRAPETGAS; situación que se refleja en el auto admisorio de la demanda, donde se identifica al apelante como vinculado al proceso.

Cabe recordar que el Código General del Proceso identifica la intervención de terceros en los procesos judiciales bajo diferentes figuras: litisconsorcio necesario, facultativo o cuasinecesario, intervención excluyente, llamamiento en garantía, etc. Aunque en la demanda y el auto admisorio no se llega a identificar cuál de estas se invocó, esta falta de técnica procesal no implica necesariamente que deba identificarse a CENIT S.A.S. como demandada,

pues el Juez como director del proceso es quien debe determinar las medidas procesales para que sea adelantado adecuadamente.

Sobre esto se pronunció la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL6621 del 2017, señalando que *“La Corte ha sostenido que los jueces del trabajo tienen el deber de interpretar la demanda para desentrañar la real aspiración del demandante”*. Así mismo, en sentencia SL5868-2014 recalcó:

“(...) el proceso laboral debe ser visto como un conjunto de actos y reglas encaminados a lograr la administración de justicia y la adjudicación del derecho, que se ve permanentemente atravesado y delineado por un continuo diálogo de sus interlocutores y una importante labor de dirección por parte del Juez.

En ese devenir, la ley cuida especialmente que se construya y se profile, desde el inicio, una discusión clara y adecuadamente delimitada, además de que las demás actuaciones procesales se lleven a cabo de manera congruente con ese objeto del proceso.

Con tales fines, el legislador se ha valido de varios institutos procesales tendientes a delimitar el marco de la discusión y a desarrollar un proceso plenamente congruente y dotado de sentido.”

Siguiendo esta línea jurisprudencial, dadas las características del proceso especial de fuero sindical para reintegro se advierte que el papel de demandado lo ocupa el empleador de quien se predica vulneración de la garantía de aforado y, atendiendo a las particularidades de este asunto donde se indica que ECOPETROL sustituyó el contrato laboral del actor a CENIT S.A.S., resulta evidente que este tiene un interés legítimo en las resultados del proceso que hacen imprescindible su presencia en el mismo, para que el conflicto sobre el acto jurídico sea resuelto de manera uniforme; es decir, se identifica como un litisconsorte necesario por pasiva.

Ante ello, dado que el interés del actor es reclamar sobre la decisión de ECOPETROL de prescindir de sus servicios sin haber agotado el levantamiento de fuero sindical, resulta lógico concluir que solo existía obligación de elevar reclamación administrativa en su contra; pues es esta la entidad que tendría el deber reclamado como incumplido y asiste razón al actor, al reclamar la presencia de CENIT S.A.S. en el proceso, pero sin que ello implique el deber de agotar en su contra la reclamación administrativa, dado que su naturaleza implica la posibilidad de reconocer el derecho reclamado y como esta no era la empleadora que debía levantar el fuero sindical discutido, mal haría en exigirse un requisito inocuo.

Inepta demanda

Respecto de la excepción previa de inepta demanda, esta Sala recuerda que la ineptitud de la demanda es la representación de la ausencia del presupuesto procesal de formalidad mínima que debe tener una acción judicial para que el curso del proceso no conlleve a una sentencia inhibitoria y por ello, en caso

de declararse probada se ordena devolver la demanda para que se subsane la irregularidad, de manera que el proceso pueda seguir su curso; en ese sentido, el requisito que se reclama incumplido es el adicionado por el Decreto Legislativo 806 de 2020 en el inciso cuarto del artículo sexto que reza:

“En cualquier jurisdicción, incluido el proceso arbitral y las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado, el demandante, al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados. Del mismo modo deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación. El secretario o el funcionario que haga sus veces velará por el cumplimiento de este deber, sin cuya acreditación la autoridad judicial inadmitirá la demanda.”

Se advierte que la intención de esta norma, es incorporar las ventajas de las tecnologías de la información y las comunicaciones para agilizar los procesos judiciales, por lo que se impuso a los demandantes remitir previamente copia de la demanda a los demandados y así posteriormente agilizar el trámite, al remitirles el auto admisorio.

Aunque efectivamente el juez no se percató de la ausencia de la remisión previa de la demanda a CENIT S.A.S., que pese a la calidad que se alegara debió haberse cumplido, para que fuera inadmitida; esta irregularidad quedó saneada cuando se notificó del auto admisorio a la entidad y se puso en su conocimiento la demanda y sus anexos. De manera que no puede retrotraerse la actuación para que se subsane una irregularidad que ya quedó saneada.

EXCEPCIONES PREVIAS PROPUESTAS POR ECOPETROL

Prescripción

Aduce ECOPETROL en su recurso de apelación que en este caso debe declararse probada la excepción previa de prescripción dado el demandante presentó una reclamación administrativa el día 30 de enero de 2021, a la cual se da respuesta el 10 de febrero, por lo que es a partir de ese día que debe hacerse el cómputo de los dos meses de que trata el artículo 118A del CPTSS, lo cual mostraría que la demanda fue interpuesta fuera de término.

Frente a esto, debe tenerse en cuenta que el artículo 32 del C.P.T.S.S. modificado por el artículo 1º de la Ley 1149 de 2007, permite la proposición de la excepción previa de prescripción, cuando se cumplan determinadas condiciones, al respecto la norma señala:

“ARTICULO 32. TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1149 de 2007. Ver artículo 15 sobre Régimen de Transición. El nuevo texto es el siguiente:> El juez decidirá

las excepciones previas en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. **También podrá proponerse como previa la excepción de prescripción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión,** y decidir sobre la excepción de cosa juzgada. Si el demandante tuviere que contraprobar deberá presentar las pruebas en el acto y el juez resolverá allí mismo. Las excepciones de mérito serán decididas en la sentencia”.

De conformidad con la norma citada, únicamente la prescripción puede resolverse como excepción previa, cuando no exista controversia sobre la fecha de exigibilidad, suspensión o interrupción del derecho reclamado, de forma que antes de que el juez decida resolver tal excepción de forma anticipada, debe verificar si entre las partes existe discusión sobre tal aspecto, o si existen elementos de juicio para poner en duda la exigibilidad debido a que ésta es una excepción naturalmente perentoria que debe resolverse al momento de dictar sentencia.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-820 de 2011, explicó:

Observa la Sala que el establecimiento de estrategias normativas orientadas a la materialización en el proceso laboral de los señalados principios se armoniza con los derechos de contradicción, defensa y acceso a la justicia del demandante. En efecto, dentro de la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, el demandante goza de las garantías propias del derecho de contradicción y defensa, toda vez que cuenta con la oportunidad de pronunciarse sobre el fundamento de dichas excepciones, e incluso presentar pruebas para desvirtuar los hechos que le dan sustento, tal como lo prevé la parte final del inciso primero del artículo 32 del Código procesal del Trabajo, según la cual “Si el demandante tuviere que contraprobar deberá presentar las pruebas en el acto y el juez resolverá allí mismo”.

En esta misa dirección, en el evento de una decisión sobre las excepciones previas, que fuere adversa a los intereses del demandante, aún este cuenta con la posibilidad de controvertir dicha determinación ante el mismo funcionario a través del recurso de reposición, y ante el superior jerárquico, por vía de apelación, tal como lo prevén los artículos 63[24] y 65 numeral 3[25] del Código Procesal del Trabajo. De tal manera que el diseño de la norma establece espacios de discusión jurídica y de controversia probatoria respecto de todas las razones de defensa del demandado, y particularmente en relación con las excepciones de cosa juzgada y prescripción, garantizando así el derecho de acceso a la justicia.

23. No sobra recordar que las excepciones de prescripción y cosa juzgada tienen naturaleza objetiva. Su acreditación se produce mediante la contabilización del transcurso del tiempo, en el caso de la prescripción, al margen de la intención, el ánimo o la razón por la cual el acreedor permaneció inactivo. Además, su declaratoria anticipada, en la primera audiencia, sólo es posible cuando existe certeza sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión, o de su interrupción o suspensión. De manera que si se

presenta alguna discusión en torno a estos tópicos su decisión se diferirá a la sentencia.

En ese mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia N.º 3693 de 15 de marzo de 2017, radicado N° 56998, precisó que:

Adicional a ello, el artículo 32 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social regula, igualmente de manera expresa, el trámite que debe darse a las excepciones, y establece que «...también podrá proponerse como previa la excepción de prescripción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión...» En desarrollo de dicha norma, esta sala de la Corte ha explicado con suficiencia que el hecho de que la excepción de prescripción pueda proponerse y estudiarse, bajo ciertas condiciones, en la calidad de previa, no quiere decir que siempre deba formularse de esa manera y que pierda su naturaleza esencialmente perentoria. En la sentencia CSJ SL, 25 jul. 2006, rad. 26939, se dijo al respecto:

Por sabido se tiene que las excepciones procesales son los mecanismos o herramientas de defensa que la ley otorga a la parte demandada para “controlar la existencia jurídica y la validez formal del proceso, depurándolo cuando sea el caso de defectos o impedimentos que atentan contra la eficacia misma del instrumento. De ahí que, por vía de principio general, ellas tengan como objetivo salvaguardar los presupuestos procesales, para disponer los saneamientos correspondientes cuando haya lugar, o provocar el aborto del proceso, terminándolo formalmente, cuando las deficiencias no se superan y siguen gravitando en él”, conocidas con el nombre de previas o dilatorias y entre las que se encuentran las de falta de competencia, de jurisdicción, compromiso, falta de integración del litis-consorcio necesario; o para atacar el alma o el corazón del derecho deprecado por la contraparte, pues su fin no es otro que repeler que éste acabe en pleno vigor; aquí, entonces, el blanco de la defensa apunta a las pretensiones de la demanda y son las de mérito o de fondo, entre ellas están las de prescripción, pago y compensación.

La ley procesal determina que las excepciones previas deben ser resueltas por el juez laboral en la audiencia pública de “conciliación, de decisión de excepciones previas, de saneamiento y fijación del litigio” (artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 39 de la Ley 712 de 2001). Por su parte, las excepciones de mérito deben ser decididas por el juez con la sentencia.

Empero lo precedente, según la exposición de motivos de la Ley 712 de 2001, en aras de “la economía procesal y la descongestión judicial, y considerando el desarrollo que en el procedimiento civil han tenido las llamadas excepciones mixtas, se consagra un trámite especial para dos excepciones de mérito; la de prescripción y las de cosa juzgada, que podrán en ciertos casos decidirse en la primera audiencia de trámite” (negritas fuera de texto).

Así las cosas, no es que la ley permitió una mutación de la naturaleza jurídica de la excepción de prescripción, es decir, que haya cambiado de ser una excepción de fondo a dilatoria, sino que, se itera, por economía procesal y celeridad, al juez laboral le es dable resolverla en la primera audiencia de trámite, siempre y cuando, como lo establece el artículo 32 del Código

Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el 19 de la Ley 712 de 2001, “no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión”.

En este orden de ideas, para que el juez pueda decidir sobre la prescripción, al comienzo de la litis, no debe tener duda en cuanto a la claridad y existencia del derecho; pero si hay controversia en cuanto a la exigibilidad, interrupción o suspensión de la prescripción, la resolución de la misma debe esperar a la sentencia.

Si el juzgador tiene la certeza que el derecho reclamado se extinguió por el paso del tiempo, por su inactividad, por medio de auto interlocutorio así lo debe declarar en la audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y en este evento no le es dable retomar en el fallo el punto debatido.

Pero, a contrario sensu, si el juez, como sucede en el sub examine, consideró que no tenía los suficientes elementos de juicio para decidir de entrada sobre la excepción de prescripción en la audiencia de trámite, era su deber legal pronunciarse sobre ella al momento de la sentencia.”

En ese orden de ideas, conforme a lo dispuesto en el artículo 118A del CPL, las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará **desde la fecha de despido, traslado o desmejora**, la cual puede ser interrumpida por la reclamación al empleador, debiéndose volver a iniciar el cómputo de estos dos meses; luego bajo esas condiciones, si el Juzgador va a dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 32 ibídem, avalando como previa la excepción de prescripción, no debe existir ninguna duda de la concreta fecha en que el empleador, en este caso, desmejoró las condiciones laborales del trabajador aforado, teniendo en cuenta la fecha en que se interrumpió la misma.

Revisando entonces la audiencia llevaba a cabo el día 05 de octubre de 2021, surge que el A quo no siguió el trámite especial que exige el artículo 32 del C.P.T.S.S. para resolver la excepción de prescripción como previa, debido a que en primer lugar no inquirió a las partes sobre su posición sobre la fecha cierta respecto a la interrupción del término prescriptivo.

Y es que, al revisar los documentos aportados por la parte demandante en su libelo introductor, fue allegada una reclamación administrativa presentada ante la empresa en marzo de 2021, la cual, a su juicio debe ser considerada como aquella que tiene los efectos establecidos en el tercer inciso del artículo 118A CPTYSS, diferente a la que alega el apelante y que fuera presentada el día 30 de enero del mismo año.

Así las cosas, surge evidente que en este caso no es procedente declarar probada la excepción previa de prescripción propuesta por ECOPETROL en tanto existe discusión acerca de la **“la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión”**, debiéndose entonces estudiar esta excepción como de fondo, siendo resuelta en la correspondiente sentencia.

En tal virtud, no queda otro camino a esta Sala que CONFIRMAR la decisión tomada por el A quo, pero no por los argumentos esgrimidos por el togado al resolver la excepción propuesta, en tanto no le era posible estudiar de fondo lo relacionado con la interrupción o suspensión de la misma, al no existir consenso entre las partes en su fecha.

Falta de reclamación administrativa parcial

Como sustento de este medio exceptivo, ECOPETROL manifestó en la contestación a la demanda que “es claro que ECOPETROL S.A. es una entidad pública y por tanto el demandante debía agotar la reclamación administrativa total frente a ECOPETROL S.A. previamente a presentar la demanda, con el objeto de que el respectivo funcionario administrativo se pronunciara sobre las pretensiones laborales perseguidas, habida cuenta que la exigencia consagrada en la norma alude a la condición necesaria para acudir hacia la justicia ordinaria; reclamación administrativa que se realizó de manera parcial pues no se incluyeron en ella las pretensiones principales solicitadas en los numerales 4, 5, 6 y 7; todas solicitadas en la demanda, reiteramos sin previo agotamiento de la reclamación administrativa”

Revisando entonces la reclamación administrativa presentada ante ECOPETROL en marzo de 2021 allegada al plenario por la parte demandante se observa que en el acápite de PRETENSIONES fueron incluidas las siguientes:

- “1. Cese la vulneración a mi garantía de fuero sindical, la cual se ha visto perturbada desde el momento en que Ecopetrol S.A. decidió someterme a sustitución patronal con Cenit.
2. Retornar nuevamente a Ecopetrol S.A bajo vinculación laboral, con todos los beneficios a que tenga derecho como trabajador de Ecopetrol S.A, en especial los servicios médicos de salud y odontológicos los cuales fueron notoriamente desmejorados con la sustitución patronal a CENIT, condición que vulnera mi garantía de fuero sindical como dirigente nacional de la asociación sindical ASINTRAPEH, conforme a lo estipulado en el art. 405 y ss del Código Sustantivo del Trabajo.
3. En el evento de no poder retornar al cargo que me encontraba ostentando en Ecopetrol S.A. antes de pasar a CENIT, por no encontrarse disponible, reubicarme dentro de Ecopetrol S.A., teniendo en cuenta el debido proceso, en observancia de mis garantías de fuero sindical, absteniéndose de generar algún tipo de desmejora en todos los conceptos legales y convencionales que se derivan de la relación laboral”.

Ahora, en el libelo demandatorio fueron incluidas las siguientes pretensiones:

- 1- ORDENAR a Ecopetrol S.A., el cese de la vulneración a la garantía de fuero sindical del demandante, la cual se ha visto perturbada desde el momento en que Ecopetrol S.A. decidió someterlo a la inexistente y

engañoso sustitución patronal con la empresa CENIT Transporte y Logística de Hidrocarburos SAS.

2- ORDENAR a LA DEMANDADA, el retorno y la restitución nuevamente a Ecopetrol S.A., en especial a los servicios médicos de salud y odontológicos los cuales fueron notoriamente desmejorados con la sustitución patronal a CENIT Transporte y Logística de Hidrocarburos SAS, condición que vulnera su garantía de fuero sindical como dirigente nacional del de la ASOCIACIÓN SINDICAL DE LA INDUSTRIA DE TRABAJADORES DEL PETROLEO Y LOS HIDROCARBUROS en siglas "ASINTRAPEH" conforme a lo estipulado dentro del artículo 405 y ss del Código Sustantivo del Trabajo.

3- ORDENAR a Ecopetrol S.A., que en el evento de no poder retornar al cargo que el demandante se encontraba ostentando en Ecopetrol S.A. antes de ser sustituido a CENIT, por no encontrarse disponible, reubicarlo dentro de Ecopetrol S.A., teniendo en cuenta el debido proceso, en observancia de sus garantías de fuero sindical, absteniéndose de generar algún tipo de desmejora en todos los conceptos legales y convencionales que se derivan de la relación laboral.

4- ORDENAR a Ecopetrol S.A., la revocatoria de la orden de no prestación del servicio a Ecopetrol S.A., de su cargo y funciones específicas que se encontraba desempeñando, de la que fue objeto mediante comunicación recibido el día 01 de febrero de 2021, por ser una acción arbitraria e ilegal, como tampoco concurren ni ha ocurrido ninguna de las causales de suspensión de su contrato de trabajo por justas causas legales de las previstas dentro del artículo 51 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo.

5- ORDENAR a Ecopetrol S.A., la Restitución a su cargo y funciones específicas del demandante en la Vicepresidencia de Transporte. OCLC. Planta Oru (Norte de Santander) que venía desempeñando sin solución de continuidad en la empresa Ecopetrol S.A., a la fecha de su desmejora sin previo permiso ni calificación del Juez Laboral.

6- ORDENAR a Ecopetrol S.A., el pago de todos los salarios y prestaciones sociales legales y extralegales convencionales, descansos remunerados en días dominicales y festivos, subsidios de habitación, primas semestrales, prima de antigüedad convencional y demás emolumentos propios del servicio, con los aumentos que venía percibiendo y los dejados de percibir en las mismas condiciones que tenía al momento de la su desmejora debidamente indexados.

7- DECLARAR que el empleador ECOPETROL S.A. desmejoró las condiciones laborales del servidor público ALFONSO GOMEZ RIVERA por haber prescindido la empresa empleadora del previo permiso del Juez Ordinario Laboral que conlleven a la desmejora sindical con efectos de sustitución patronal. Hecho jurídico que aún no ha sucedido a la fecha, por no haberse agotado el trámite judicial invocando el debido proceso para que mediante orden por parte del Juez Laboral – Permiso mediante proceso de levantamiento de fuero sindical para desmejorar al Servidor público ALFONSO GOMEZ RIVERA, se procediera a efectuar la sustitución, advirtiéndole que el demandante se encuentra actualmente amparado por la garantía constitucional del Fuero sindical (art. 406 literal c) subrogado por la ley 50/90 art. 57 modificado por la ley 584/2000 art.

12) inscrito en el Registro sindical como director sindical de la ASOCIACIÓN SINDICAL DE LA INDUSTRIA DE TRABAJADORES DEL PETROLEO Y LOS HIDROCARBUROS en siglas "ASINTRAPEH", con el fuero Sindical y mandato sindical estatutario vigente.-

Al realizar un ejercicio comparativo entre las pretensiones incluidas en la reclamación administrativa con aquellas incoadas en el escrito originario, encuentra la Sala que si bien unas y otras no tienen correspondencia exacta, no es posible afirmar que exista una falta de reclamación parcial; esto, dado que si bien la pretensión N°6 de la demanda referente a los salarios y prestaciones legales y extralegales dejados de percibir por el actor no fue incluida en la respectiva reclamación, el pago de estos emolumentos es una consecuencia del reintegro solicitado, y por tanto, al ser un pago accesorio del mismo, se entiende que deben ser otorgados al actor por parte de la empresa en caso de proceder dicho reintegro.

Lo propio ocurre con la pretensión N°7 de la demanda, relacionada con la solicitud de declaratoria de que ECOPETROL "desmejoró las condiciones laborales del servidor público ALFONSO GOMEZ RIVERA por haber prescindido la empresa empleadora del previo permiso del Juez Ordinario Laboral", lo cual sería inevitablemente estudiado por el juez de conocimiento al momento de determinar si el despido efectuado surte efectos o no, con el fin de proceder a analizar la procedencia del reintegro solicitado.

Y es que, como se mencionó previamente, la reclamación administrativa tiene como objeto entregar a la administración pública la oportunidad previa de conocer las pretensiones en su contra y evaluar la posibilidad de reconocerlas, evitando que la controversia alcance los estrados judiciales, por lo que, al actor haberle reclamado a ECOPETROL el cese de la vulneración a su garantía de fuero sindical y solicitado que procediera a su reintegro en el cargo que era ejercido o uno de igual categoría, era fácilmente entendido por parte de la empresa que en caso de acceder a esta última pretensión, era procedente la cancelación de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales causados en cabeza del trabajador, desde el momento en que se dieron las condiciones alegadas de desmejora en su cargo, y hasta que fuera reintegrado.

Por lo anterior, deberá ser CONFIRMADO lo decidido por el A quo al tener por no probada esta excepción previa propuesta por la pasiva.

Indebida acumulación de pretensiones

Para justificar la proposición de esta excepción, ECOPETROL alegó que "el acápite de pretensiones formulado por el apoderado del demandante resulta ser a todas luces incongruente por cuanto no son claras, se encuentran mal redactadas, situación que no permite establecer con claridad lo pretendido. Así mismo propone todas como principales, pero a su vez las redacta como subsidiarias lo que genera una exclusión y contradicción de las mismas, para

el caso, **las propuestas en los numerales 2 y 3 con la prevista en el numeral 4. Adicionalmente la pretensión vista el numeral 2 es igual a la solicitada en el numeral 5”.**

Sin embargo, el A quo rechazó dicha excepción manifestando que la parte interesada invocó erróneamente la codificación general del proceso (artículo 88 CGP) para justificarla, debiendo utilizar el CST por cuanto allí se consagra una normal especial en artículo 25A, debiendo afirmar esta Sala que si bien es cierto que ECOPETROL alegó aquella norma referente a la acumulación de pretensiones, existiendo disposición al respecto en nuestro código laboral, también lo es que esto no es óbice para estudiar el medio defensivo propuesto, lo cual procederá a realizarse.

Entonces, al revisar las pretensiones 2 y 3 incluidas en el *petitum*, se observa que fueron redactadas de la siguiente manera:

2- ORDENAR a LA DEMANDADA, el retorno y la restitución nuevamente a Ecopetrol S.A., en especial a los servicios médicos de salud y odontológicos los cuales fueron notoriamente desmejorados con la sustitución patronal a CENIT Transporte y Logística de Hidrocarburos SAS, condición que vulnera su garantía de fuero sindical como dirigente nacional del de la ASOCIACIÓN SINDICAL DE LA INDUSTRIA DE TRABAJADORES DEL PETROLEO Y LOS HIDROCARBUROS en siglas “ASINTRAPEH” conforme a lo estipulado dentro del artículo 405 y ss del Código Sustantivo del Trabajo.

3- ORDENAR a Ecopetrol S.A., que en el evento de no poder retornar al cargo que el demandante se encontraba ostentando en Ecopetrol S.A. antes de ser sustituido a CENIT, por no encontrarse disponible, reubicarlo dentro de Ecopetrol S.A., teniendo en cuenta el debido proceso, en observancia de sus garantías de fuero sindical, absteniéndose de generar algún tipo de desmejora en todos los conceptos legales y convencionales que se derivan de la relación laboral.

Y la pretensión N°4 reza lo siguiente:

4- ORDENAR a Ecopetrol S.A., la revocatoria de la orden de no prestación del servicio a Ecopetrol S.A., de su cargo y funciones específicas que se encontraba desempeñando, de la que fue objeto mediante comunicación recibido el día 01 de febrero de 2021, por ser una acción arbitraria e ilegal, como tampoco concurren ni ha ocurrido ninguna de las causales de suspensión de su contrato de trabajo por justas causas legales de las previstas dentro del artículo 51 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo.

Frente a estas pretensiones, menester resulta concluir que a juicio de esta Sala las mismas no resultan en absoluto contradictorias, ya que en la segunda se solicita el reintegro y restitución del demandante en ECOPETROL, siendo que en la tercera solicita que en caso de que dicha restitución no sea posible por no encontrarse disponible su cargo, sea reubicado, absteniéndose de generar alguna mejora en su situación laboral; y, la pretensión N°4, que se alega contraria, solicita la revocatoria de la orden de no prestación del servicio a ECOPETROL de su cargo.

Y si bien, patente surge que la organización y redacción de las pretensiones transcritas no es óptima, e incluso si fueran contrarias entre sí, esta falencia

mal podría conllevar a que se deba ordenar la terminación del proceso, ni de excluir pretensión alguna en tanto, bien puede seguirse con el trámite normal del proceso, considerando la procedencia o no de los derechos reclamados al momento de la correspondiente sentencia, centrando la Litis, en resolver las pretensiones que puedan ser consideradas como las principales, debido a su orden de inclusión en el acápite correspondiente; y en caso de que estas sean procedentes, el Juez A quo se abstendría de estudiar y pronunciarse acerca de pretensión que considerara contraria; y, en caso contrario, es decir de que la pretensión que se considere como principal no prospere, sería posible estudiar subsidiariamente, lo contrariamente pretendido; lo anterior, en aras de garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades de la demanda.

Todo esto, sin que desconozca la Sala el principio de la autonomía judicial, sin perjuicio, claro está, del deber del operador judicial de interpretar la demanda al momento de dictar sentencia de mérito para decidir una o más súplicas principales o subsidiarias sobre las que sea competente e inhibirse parcialmente en cuanto a las demás, si lo considera pertinente.

Lo propio ocurre con la pretensión N° 5 del libelo demandatorio, la cual no representa obstáculo alguno para la resolución de la litis al ser repetitiva de aquella consignada en el N°2, siendo su única diferencia que en la primera se especifica el cargo que era ejercido por el demandante al momento de su traslado.

Así las cosas, se CONFIRMARÁ la decisión tomada por el A quo, en el sentido de declarar como no probada esta excepción previa propuesta por la pasiva, pero por las razones aquí esbozadas.

Legitimación en la causa por pasiva

Propuso ECOPETROL en su contestación como excepción previa “la falta de legitimación en la causa por pasiva” alegando que en las demandas de fuero sindical debe existir una de los tres supuestos que establece la norma, es decir o que la persona haya sido despedida, que haya sido trasladada de manera injusta o que la persona haya sido desmejorada; que en este caso la desmejora no la genera Ecopetrol; que el vínculo del empleado se ha mantenido, ya que la figura que se aplica es la sustitución patronal que no exige bajo ninguna circunstancia una autorización judicial para poder hacerse efectiva; alega que una sustitución patronal mal podría generar un desmejoramiento en la situación directa de un empleado.

Frente a esto, es menester traer a colación el artículo 100 CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 CST, contentivo aquel, en forma taxativa, de las excepciones previas que pueden ser propuestas por la parte atacada en un proceso judicial, así:

ARTÍCULO 100. EXCEPCIONES PREVIAS. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

1. Falta de jurisdicción o de competencia.
2. Compromiso o cláusula compromisoria.
3. Inexistencia del demandante o del demandado.
4. Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.
5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.
6. No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.
7. Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.
8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.
9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.
10. No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.
11. Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.

Así mismo, el artículo 32 CPTYSS establece que se podrán proponer como previas aquella de prescripción y de cosa juzgada, con el cumplimiento de ciertos parámetros.

De dichos artículos es posible extraer que la FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA no se encuentra incluida como un medio exceptivo que pueda ser propuesto como previo por la parte demandada, en este caso, ECOPETROL, por lo cual debió haber sido rechazada por el A quo y así se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

Sin embargo, de aceptarse su estudio, sería concluido que la misma no es procedente dado que la legitimación en la causa hace referencia a la calidad de las partes en contienda frente al interés que se debate en el proceso, y por tanto, al ser ECOPETROL el empleador sustituido del trabajador demandante, a quien se le solicita dé observancia a las garantías sindicales alegadas, dicha legitimación por pasiva es ostentada por la empresa; y el hecho de que el señor GÓMEZ RIVERA haya sido o no “despedido, trasladado o desmejorado” deberá ser objeto de análisis en la sentencia proferida por el juez de conocimiento.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, las empresas ECOPETROL, S.A y CENIT LOGÍSTICA Y TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS 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 y a favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por intermedio de su Sala de Decisión Laboral,

VII. RESUELVE

PRIMERO: RECHAZAR de plano la excepción propuesta por ECOPETROL, S.A. como previa de LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás el auto proferido por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña el día 05 de octubre de 2021 por, en el sentido de declarar como no probadas las excepciones previas de (i) falta de competencia por falta de reclamación administrativa, (ii) inepta demanda, (iii) prescripción, (v) falta de reclamación administrativa parcial e (vi) indebida acumulación de pretensiones propuestas por el extremo pasivo de la Litis.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, las empresas ECOPETROL, S.A y CENIT LOGÍSTICA Y TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS 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 y a 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. 080, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 04 de agosto de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO : ORDINARIO EN APELACIÓN
RAD. ÚNICO : 54-498-31-05-001-2021-00257-01
P.T. : 19910
DEMANDANTE : RAFAEL ANTONIO LÓPEZ VEGA
DEMANDADO : CENTRO DE ATENCIÓN NEUROPSIQUIATRICO
OCAÑA S.A.S.

**MAGISTRADO PONENTE:
DR. ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

Realizado el examen preliminar, se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña N.S., de fecha ocho (08) de junio de 2022, dictado dentro del el expediente de la referencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 04 de agosto de 2022.

Secretario