



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

Cúcuta, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	PROCESO ORDINARIO
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2017-00303-01 -P.T. 19.124
DEMANDANTE:	MARÍA DE JESÚS INFANTE YÁÑEZ y OTRO.
DEMANDADO:	GESMIN S.A.S. y OTROS

MAGISTRADA SUSTANCIADORA:
DR. NIDIAM BÉLEN QUINTERO GELVES

En término oportuno dentro del proceso ordinario seguido por MARÍA DE JESÚS INFANTE YÁÑEZ y TITO ORTEGA LEAL contra GESMIN S.A.S. Y OTRO, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida por esta Sala en el proceso de la referencia.

La Ley Procesal Laboral establece que la cuantía para la viabilidad del recurso de casación, debe ser superior a los ciento veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes, que para el año 2022 equivalía a \$1.000.000 y por ende el interés para casación asciende a \$ 120.000.000.

A su vez la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el valor del interés para recurrir en casación de la parte demandante, si el juez colegiado confirma la sentencia proferida por el A quo en la que se denegaron las pretensiones, no será otro que el valor de las peticiones impetradas en el escrito inaugural del proceso.

En este caso, lo pretendido principalmente por el actor era que se condenara a los demandados al reconocimiento y pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios por secuelas definitivas por accidente de trabajo por culpa atribuible al empleador que en su sentir equivale a \$404.582.091; pretensión que supera el monto de los ciento veinte salarios mínimos que exige la ley procesal laboral para la viabilidad del recurso extraordinario de casación; por lo anterior la Sala concederá el recurso extraordinario de casación, a la parte recurrente.

Por lo expuesto la Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONCEDER ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el recurso extraordinario de Casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante **MARÍA DE JESÚS INFANTE YÁÑEZ y TITO ORTEGA LEAL** contra la sentencia dictada el día cinco (5) de septiembre de dos mil veintidós (2022), dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente auto, remítase el expediente a la mencionada Superioridad, dejándose las debidas constancias de su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA

EN PERMISO
ELVER NARANJO
MAGISTRADO



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136 fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de diciembre de 2022



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2019-00315-00
RADICADO INTERNO:	19.941
DEMANDANTE:	NELLY MEDINA VILLÁN
DEMANDADO:	U.G.P.P.

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala a resolver dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora NELLY MEDINA VILLÁN, contra la UNIDAD DE GESTIÓN DE PENSIONES Y PARAFISCALES - U.G.P.P., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2019-00315-00, y Radicación Interna No 19.941 de este Tribunal Superior, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 6 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

La señora NELLY MEDINA VILLÁN, mediante apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral contra UNIDAD DE GESTIÓN DE PENSIONES Y PARAFISCALES - U.G.P.P., para que se declare que tiene derecho al reconocimiento del 100% de la sustitución pensional por el fallecimiento de su compañero permanente HUMBERTO ROMERO CASTRO, que era pensionado de la U.G.P.P., para que se ordene el pago de las mesadas pensionales causadas desde su fallecimiento el 23 de junio de 2017, con los intereses de mora generados desde el 29 de enero de 2019.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que HUMBERTO ROMERO CASTRO era pensionado por la U.G.P.P. por prestación reconocida por CAJANAL mediante Resolución No. 00082 del 10 de enero de 1997, falleciendo el 23 de junio de 2017; que el 29 de noviembre de 2018 presentó reclamación para sustitución pensional en calidad de compañera permanente del causante ante la UGPP, que inicialmente mediante Resolución No. RDP006741 del 28 de febrero de 2019 reconoció la prestación pero posteriormente en Resolución No. RDP006741 DEL 28 DE FEBRERO DE 2019 revocó el anterior acto administrativo, alegando que la solicitud presentada fue sustentada con documentos presuntamente falsos. Que convivió con el señor ROMERO CASTRO durante los 11 años anteriores a su fallecimiento, compartiendo afecto, auxilio mutuo, apoyo económico y acompañamiento de pareja desde 2006.

La demandada U.G.P.P. contestó oponiéndose a las pretensiones por cuanto no se demostraron los requisitos establecidos por el legislador para acceder a la prestación de sustitución pensional por el fallecimiento del señor ROMERO CASTRO, indicando, que tras una investigación practicada por la entidad se determinó que no existió convivencia como compañeros

permanentes y que inclusive hubo alteración de una fotografía por la señora NELLY MEDINA, para dar credibilidad a su dicho, por lo cual se procedió a revocar la pensión inicialmente concedida; que la actora inicialmente había aportado unas declaraciones extra juicio, pero se procedió con la investigación de convivencia que arrojó un informe investigativo No. 169385 del 3 de abril de 2019, de donde se derivó que nunca convivieron como pareja. Propuso como excepciones PRESCRIPCIÓN e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 6 de julio de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, que resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION RECLAMADA, CONFORME A LAS MOTIVACIONES.

SEGUNDO: ABSOLVER A LA DEMANDDA UGPP., DE LAS PRETENSIONES INCOADAS EN SU CONTRA, CONFORME A LAS MOTIVACIONES.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS A LA PARTE DEMANDANTE.”

2.2. Fundamentos de la Decisión de Primera Instancia

El Juez *a quo* fundamentó su decisión en lo siguiente:

- Que el problema jurídico fijado gira en torno a resolver si la reclamante NELLY MEDINA VILLÁN, cumple los requisitos de ley para acceder a la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento del señor HUMBERTO ROMERO CASTRO y tiene derecho al pago de las mesadas causadas desde la muerte con intereses moratorios.

- Refiere, que acorde al artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificados por la Ley 797 de 2003, en caso de muerte del pensionado el cónyuge o compañero permanente debe acreditar convivencia durante los 5 años continuos anteriores a la muerte; por lo que se debe revisar si la parte interesada acreditó este supuesto, refiriendo que se aportaron las resoluciones de la U.G.P.P. que inicialmente reconoció la pensión pero que luego fue revocada por irregularidades en las pruebas aportadas y una tutela interpuesta por la actora.

- Señala, que aunque la U.G.P.P. había reconocido la pensión de sobrevivientes a favor de la actora, por una queja interpuesta de los hijos del causante, se dispuso una nueva investigación que derivó en la revocatoria del derecho como alegada compañera permanente y para ello en el curso del proceso se ratificaron las declaraciones extrajuicio que en principio la parte interesada aportó ante la U.G.P.P. para demostrar el requisito, declaraciones de ELIA SERRANO RAMÍREZ quien afirmó conocer a los señores ROMERO y MEDINA, que les arrendó una habitación y allí convivían, explicando que él pagaba el arriendo pero era la sola habitación pues incluso ella le prestaba la cocina para que prepararan sus alimentos, por lo que alega le consta la convivencia pero que en algunas oportunidades la señora NELLY se iba a cuidar a su mamá que estaba enferma y volvió cuando esta falleció, indicándole que estaba triste porque entonces habían

muerto sus dos amores (mamá y compañero). Igualmente, que la testigo ISABEL VILLAMIZAR también manifestó conocer a los señores NELLY y HUMBERTO, que le consta la convivencia pero que en 2013 se fue a vivir a otro sitio y no tuvo conocimiento ni del fallecimiento del causante.

- Agrega, que se recepcionó testimonio a los hijos del causante, MARLON HUMBERTO ROMERO quien afirmó ser cercano a su padre, que él le tenía una habitación a la señora NELLY arrendada en Ciudad Jardín donde primero dijo no había ido nunca pero luego que sí, que allá vivía con ella donde tenían nevera, cama y ventilador; siendo incongruente con lo declarado por la señora ELIA, agregando solo que se reunía con su padre los viernes a tomar cerveza y jugar tejo. Expuso otra hija, CLAUDIA FERNANDA ROMERO, que como confidente de su padre solo supo que él le tenía una habitación arrendada a NELLY en Ciudad Jardín pero que nunca fue para allá, ambos coincidieron en que la señora NELLY era la que hacía el aseo en casa del señor HUMBERTO y él pagaba por esto, señalando que también compartía con ellos en sus reuniones de los viernes.

- Expone que al contrario, otras declarantes hijas del causante y quienes elevaron la denuncia ante la U.G.P.P. allegaron la fotografía y los audios sobre la edición de dicha foto; por la cual se adelantó indagación preliminar ante la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN; pero al margen de esta denuncia, el Despacho debe resolver conforme a las pruebas obrantes de donde se derivan 2 hijos aceptando la convivencia y otros 4 negando la misma, concluyendo que aunque aceptan una relación o al menos que se insinuaba existía una, así como que la actora vendía productos y hacía aseo en la casa donde vivía HUMBERTO ROMERO, no encuentra el despacho que se configure la convivencia de que trata el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 sobre un acompañamiento con el ánimo de conformar un núcleo familiar, que no es solamente la dependencia económica, sino la intención y expresión pública de ser pareja.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando que es incongruente la decisión que sostiene la inexistencia de una relación pública, pero al tiempo se resalta que los hijos aceptaron como la actora acompañaba al causante, iba a verlo jugar fútbol y compartían unas cervezas. Igualmente, la declaración de ELIDA SERRANO RAMÍREZ permite evidenciar que hubo convivencia bajo el mismo techo, en la habitación que les arrendó y donde residían, descalificando la versión de MARLON ROMERO por agregar que tenían una nevera pero que este aclaró en su relato que nunca había entrado, pero que sabían que convivían allí. Aclarando las dos testigos citadas, que eran los hijos MARLON y CLAUDIA FERNANDA quienes como hijos fueron más cercanos y estaban pendientes de HUMBERTO ROMERO. Estando demostrado que había socorro y ayuda mutua, no siendo esto descartable por el hecho de que NELLY asistiera en el aseo de su casa y se le remunerara por esto.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal correspondiente, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión, quienes manifestaron:

- Parte Demandante:** El apoderado de la actora solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones, por considerar que el Juez le dio mayor valor probatorio a las declaraciones rendidas por BILMA PATRICIA ROMERO RODRIGUEZ y ANA YANETH ROMERO RODRIGUEZ, no obstante ellas haber manifestado que no vivían al tanto de la vida o del actuar de su señor padre, HUMBERTO ROMERO

CASTRO, que quienes si conocían su proceder porque eran los que vivían pendiente de él incluso lo acompañaban era los señores CLAUDIA FERNANDA ROMERO RODRIGUEZ Y MARLON HUMBERTO ROMERO RODRIGUEZ, lo cuales al momento de declarar fueron muy concretos al referirse a la convivencia existente entre NELLY MEDINA VILLAN y el causante HUMBERTO ROMERO CASTRO, la cual se extendió por un periodo mayor a los 6 años, y estuvo lejos de ser una simple relación amorosa, pues es claro que entre ellos lo que existía es intención de ayuda y socorro mutua, que nunca fue aceptada por los demás hermanos. Agrega que en las declaraciones rendidas por BILMA PATRICIA ROMERO RODRIGUEZ y ANA YANETH ROMERO RODRIGUEZ si hubo contradicciones en el sentido de que manifestaron que nunca conocieron a NELLY MEDINA VILLAN, pero ANA YANETH ROMERO RODRIGUEZ, manifiesta que BILMA PATRICIA ROMERO RODRIGUEZ, fue la que le informó de la relación existente entre al demandante y su señor padre.

• **Parte Demandada:** La apoderada de la U.G.P.P. solicita que se confirme la decisión de primera instancia, por cuanto del caudal probatorio, especialmente los testimonios asomados por la parte actora, evidencian claramente que NUNCA EXISTIO CONVIVENCIA MARITAL entre el causante señor HUMBERTO ROMERO CASTRO y la demandante señora NELLY MEDINA VILLAN con la vocación de conformar un hogar, un núcleo familiar; indicando que el señor ROMERO vivió siempre en la casa matrimonial incluso después de la muerte de su cónyuge, a la cual la demandante señora NELLY MEDINA VILLAN asistía con el propósito de prestar servicios domésticos, los cuales eran reconocidos y pagados por el pensionado fallecido y acorde al informe investigativo N 169385 del 03 de abril de 2019 quedó demostrada la alteración de una fotografía por parte de la demandante, así como la existencia de un audio reconociendo el pago para esa edición y a posibles testigos que sustentaron indebidamente la primera solicitud.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. DEL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que se va a desarrollar en el presente caso es el siguiente:

Si la Señoras NELLY MEDINA VILLÁN en su condición de compañera permanente, tienen derecho a que la U.G.P.P., les reconozca y pague la pensión de sobrevivientes causada por la muerte del Señor HUMBERTO ROMERO CASTRO con su respectivo retroactivo pensional.

6. CONSIDERACIONES

El problema jurídico consiste en determinar si la compañera permanente del causante HUMBERTO ROMERO CASTRO, tienen derecho a que U.G.P.P., le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes de que trata el artículo 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, alegando haber cumplido con el término de convivencia necesario para acceder a dicha prestación.

El Juez *a quo* concluyó, que al margen de las investigaciones por documentos falsificados que adelanta la FISCALÍA y que sirvieron para revocar el reconocimiento inicial de la U.G.P.P., las pruebas practicadas en este proceso no evidencian la existencia de la convivencia legalmente exigida para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, siendo insuficientes los

testimonios oídos e inclusive contradictorios en algunos detalles, no derivándose que existiera con el causante una unión pública o una relación de pareja con acompañamiento mutuo y socorro moral, económico y social; conclusiones que fueron apeladas por el demandante, quien reclama una indebida valoración probatoria pues estima que los testigos si derivan en el cumplimiento del requisito de convivencia exigido.

En el presente asunto, están demostrados los siguientes hechos:

- El señor HUMBERTO ROMERO CASTRO fue reconocido con pensión de jubilación mediante Resolución No. 82 del 10 de enero de 1997 de CAJANAL con cuantía de \$353.978,70 a partir del 30 de marzo de 1996.

- Que el señor HUMBERTO ROMERO CASTRO falleció en la ciudad de Cúcuta el 23 de junio de 2017.

- Mediante resolución RDP06741 del 28 de febrero de 2019, emitida por U.G.P.P., se reconoció de manera provisional la pensión de sobrevivientes a la compañera permanente NELLY MEDINA VILLÁN; pero mediante Resolución RDP011639 del 8 de abril de 2019 se revocó el reconocimiento previo, conforme al artículo 19 de la ley 797 de 2003, por existir motivos de que la actuación anterior fue indebida al encontrar que se anexó una foto editada y se entregó un audio por parte de un hijo del pensionado, donde se mencionan pagos a personas para editar fotografías y sugerencias para falsificar pruebas; por lo que se adelantó una investigación nueva donde se derivó que la pareja no convivió bajo el mismo techo.

Sea lo primero advertir que como quiera que el señor ROMERO CASTRO, falleció el día 23 de junio de 2017, la norma aplicable al caso es el numeral 2° del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 de 2003, el cual dispone que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: “*Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca*”; por lo que en este caso, como el causante falleció como beneficiario de pensión de vejez, da lugar a la sustitución pensional a favor de los miembros del grupo familiar consagrados en la norma.

Respecto de estos beneficiarios, la controversia se centra en la solicitud de la cónyuge y la compañera permanente del afiliado fallecido, el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, determina que:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una

compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;”

De acuerdo con la norma anterior, para que la compañera permanente adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, debe demostrar que convivió con el causante no menos de 5 años con anterioridad inmediata a su muerte. Así lo sostuvo la Corte en muchos de sus pronunciamientos, entre otros, en las sentencias CSJ SL, 20 may. 2008, rad. 32393, CSJ SL, 22 ago. 2012, rad. 45600, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068-2016, CSJ SL347-2019.

Sin embargo, se recuerda que a partir de la sentencia CSJ SL1730-2020, el requerimiento de 5 años de convivencia para potenciales beneficiarios del afiliado fallecido, migró para sentar como nueva postura que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite **del afiliado fallecido, no se requiere ningún tiempo mínimo de convivencia**, sino que es suficiente acreditar la condición invocada para cumplir el presupuesto del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, **por manera que la cohabitación de 5 años, solo es exigible en caso de muerte del pensionado**. Esta postura ha sido reiterada en decisiones posteriores por parte de la Sala de Casación Laboral, como puede verse en providencias SL3626-2020, SL3785-2020, SL489-2021, SL222-2021, SL2820-2021, SL2893-2021, entre otras.

Sobre el requisito de la convivencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL- 1399 rad. Interno N° 45.779 del 25 de abril de 2018, recordó que la noción aceptada por esa corporación sobre convivencia es la de haber conformado una “*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva-durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*”, de manera que existe convivencia real y efectiva cuando se demuestra “*una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión **soporte en los pesos de la vida**, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. 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*”.

Específicamente sobre la convivencia singular con la compañera permanente, que debe ser durante los 5 años inmediatamente anteriores a la muerte a diferencia de la cónyuge donde se permite acreditar este período en cualquier tiempo, en SL2989 de 2022, la Sala de Casación Laboral cita la siguiente explicación dada en SL1399 de 2018:

“la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado o afiliado, puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (CC C1035-2008).”

De acuerdo a lo anterior, se concluye que tratándose en este caso de un fallecido en calidad de pensionado, opera la identificada como sustitución pensional y como se indica previamente, el requisito para la compañera permanente es demostrar el período de cinco años de convivencia inmediatamente anteriores al fallecimiento; por lo que se destaca al respecto que se anexaron y practicaron las siguientes pruebas:

- Informe de investigación para pensión de sobrevivientes elaborado por la empresa COSINTE LTDA., expedido en Bogotá el 3 de abril de 2019, respecto de la sustitución pensional de HUMBERTO ROMERO CASTRO, derivado de la denuncia instaurada por ANA YANETH ROMERO RODRÍGUEZ como hija del causante por el reconocimiento a favor de NELLY MEDINA VILLÁN; allí se estableció que el señor ROMERO estuvo casado con MARÍA MARLENE RODRÍGUEZ y tuvieron 8 hijos. Registra una entrevista con la señora NELLY MEDINA, quien expuso su versión y negó conocer de la foto adulterada o del audio sobre pago por testigos, señalando que su versión deja dudas. Que el hijo del causante CARLOS ROMERO aceptó que fueron pareja su padre y la reclamante pero no brinda mayor información, CLAUDIA ROMERO sí señala que su padre convivió con NELLY de manera permanente y que sus hermanas solo están detrás de sus propiedades, pero se contradice pues habla de que NELLY visitaba a su padre por lo que no deja ver que realmente vivieron juntos. La hija ANA YANETH ROMERO negó que su padre tuviera otra pareja diferente a su madre y fue quien denunció el audio y el fotomontaje, información confirmada por BILMA ROMERO y SANDRA ROMERO. Las vecinas MARIA DEL CARMEN CAICEDO y NOHORA MENDOZA negaron que el señor HUMBERTO tuviera otra compañera. El hermano del causante, LUIS MANUEL ROMERO afirmó no conocer a la señora NELLY y el nieto CRISTIAN BRICEÑO (hijo de CLAUDIA ROMERO y quien vivía en la misma casa del barrio Zulima) dijo que su abuelo si tuvo una relación amorosa pero nunca convivió con NELLY, lo que confirmó su esposa INGRID CASTRO TRUJILLO y otra nieta, KATHERINE HERNÁNDEZ. Otros hijos del causante MANUEL ROMERO y MARLON ROMERO, dijeron que NELLY cuidó a su padre tras enviudar y que él le alquiló un apartamento, pero dio evasivas al cuestionar si convivieron. El informe concluye que no se deriva de los testimonios que la reclamante realmente conviviera bajo el mismo techo que el causante; luego anexa los documentos de identidad de los entrevistados, fotos de las fachadas de los inmuebles y diferentes fotografías de la familia, incluyendo la alterada comparada con la original, registros civiles de nacimiento, documentos administrativos de la UGPP.

- Informe de investigación para pensión de sobrevivientes elaborado por la empresa COSINTE LTDA., expedido en Bogotá el 27 de febrero de 2019, para verificar convivencia entre el pensionado HUMBERTO ROMERO CASTRO y la reclamante NELLY MEDINA por su diferencia de edad de 28 años; allí se entrevistó a NELLY MEDINA, quien relató que convivió con el causante desde enero de 2006 hasta su fallecimiento, que era separado de su esposa y residían en un lugar que arrendaban a una amiga en Ciudad Jardín, que tiene vuela relación con los hijos. Realiza entrevista a vecinas del barrio Ciudad Jardín: ERIKA PAREJA, ELIA MARÍA SERRANO, MARINA ORTIZ, quienes aseveraron que esta pareja sí convivió, que no tuvieron hijos y esa versión fue confirmada por los hijos del causante CLAUDIA y MARLON ROMERO.

- Expediente de la noticia criminal No. 540016001131201906113 adelantado por la FISCALÍA 24 – UNIDAD SEGURIDAD PÚBLICA Y VARIOS, por denuncia del 20 de agosto de 2019 contra NELLY MEDINA VILLÁN; interpuesta por la U.G.P.P. por los siguientes hechos:

NURY JULIANA MORANTES ARIZA APODERADA GENERAL DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARA-FISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, A TRAVÉS DE SU APODERADO CARLOS ARTURO PERALTA MORA, DENUNCIAN A LA CIUDADANA NELLY MEDINA VILLAN, DEBIDO A QUE POR EL FALLECIMIENTO DEL SEÑOR HUMBERTO ROMERO CASTRO ELLA SE VINCULO AL PROCESO MANIFESTANDO SU CALIDAD DE COMPAÑERA PERMANENTE, SE LOGRO COMPROBAR QUE EL SEÑOR HUMBERTO ROMERO CASTRO Y LA SEÑORA NELLY MEDINA VILLAN, NUNCA CONVIVIERON COMO PAREJA, DICE QUE LA SEÑORA NELLY MEDINA VILLAN, PRESENTO UNA FOTO EDITADA, LA CUAL FUE COMPARADA CON LA ORIGINAL ENTREGADA POR LA DENUNCIANTE, EN DONDE SE VALIDO QUE QUIEN APARECE EN LA FOTOGRAFÍA REALMENTE ES LA HIJA DEL CAUSANTE BILMA PATRICIA Y NO LA SEÑORA NELLY MEDINA VILLAN, ADICIONALMENTE, SE VALIDO EL AUDIO ENTREGADO POR LA DENUNCIANTE EN DONDE EL SEÑOR HUMBERTO ROMERO, HIJO DEL AFILIADO Y LA SEÑORA NELLY MEDINA SOLICITANTE, HABLAN ABIERTAMENTE SOBRE EL PAGO A DIFERENTES PERSONAS PARA LA EDICIÓN DE FOTOGRAFÍAS, EL TESTIMONIO ALTERADO ACORDE A LO REQUERIDO EN EL PROCESO Y LAS SUGERENCIAS DEL ABOGADO PARA FALSIFICAR PRUEBAS.

SE ANEXA DENUNCIA CON 61 FOLIOS Y 1 CD

Se deja constancia que la denuncia está en etapa de indagación y no se han generado conclusiones.

- Testimonio rendido por ELIA MARIA SERRANO RAMÍREZ, quien manifestó conocer a HUMBERTO ROMERO desde hacía tiempo antes al vivir cerca en el Barrio Zulima y su esposo arreglaba ventiladores en esa zona, después le arrendó una pieza en su casa para vivir con NELLY y ellos comenzaron a vivir junto a ella en su vivienda, como desde junio de 2006; refiere que ellos entraban por el garaje, a veces venían y se iban, aclara que se refiere a irse en la mañana y volver por la noche aunque al ser cuestionada advierte que sí habían noches donde no llegaban, cuando le decían que se iban a cuidar a la mamá de NELLY que estaba muy enferma. Que antes de eso el señor HUMBERTO vivía en Zulima, cree que con los hijos, pero su conocimiento de esa época es poco. Advierte que la pieza la arrendó hasta julio de 2017, ella se fue primero indicándole que se iba a cuidar a su mamá y el señor HUMBERTO le dijo que el no se iba a estar ahí, que cuando la madre de NELLY se mejoraba volvían, cerrando la puerta con candado. Luego NELLY volvió sola a finales de ese mismo mes y le contó que habían fallecido su mamá y HUMBERTO. Que la pieza arrendada constaba de su cama y el ventilador, sin servicios independientes, prestándole ella la cocina para sus necesidades. Explica que ella fue amiga de vieja data de NELLY, ella le vendía productos de leche y llevaban a sus hijos al mismo preescolar pues ella tuvo dos hijos con su anterior esposo. Al ser cuestionada si hubo interrupciones en la convivencia afirmada, señaló que solo recuerda que hubo un tiempo como de un mes que HUMBERTO no fue pero dijo que había sido por problemas personales; niega haber conocido a algún hijo de HUMBERTO y que estos no fueron nunca. Que desconoce la razón de la muerte de HUMBERTO, pues ella se enteró después y no conoció que padeciera enfermedad larga. Desconoce si cuando NELLY iba a cuidar a su mamá, pernoctaba con HUMBERTO en la misma casa. Aclara que el arriendo fue en una casa de CIUDAD JARDÍN, a donde llegó a vivir en 2003 después de residir en ZULIMA y en 2018 salió también de esa vivienda.

- Testimonio rendido por ISABEL VILLAMIZAR PABÓN, quien refirió conocer a HUMBERTO ROMERO porque fue compañero de trabajo de su esposo en el MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, por más de 15 años y a NELLY la conoce hace más de 20 años porque vendía leche por el sector. Que conoció a ELIDA SERRANO mientras vivió en el barrio Zulima, pero luego se fue a vivir a Ciudad Jardín. Señala que se encontraban con HUMBERTO al acudir con su esposo a las fiestas de pensionados, pero no charlaban cosas íntimas y por eso desconocía si tuviera esposa o hijos, pues iba solo. Sobre la convivencia que pudo existir, refiere que le consta que tenían una relación primero porque ella le contó, después porque se los encontraba paseando por UNICENTRO y ella los vio andando juntos en el carro. Lo que pudo percibir de esos encuentros es que tenían una relación íntima, pero desconoce donde vivían o convivían, lo cual comenzó hace como 20 años. Indica que NELLY tenía dos hijos, pero desconoce el padre o si tuvo esposo, le comentó al conocerla que vivía con su mamá pero no más porque no tuvieron luego un trato más íntimo. Al ser cuestionada sobre hasta cuando convivieron, dijo que hasta el fallecimiento pero desconoce la fecha de la muerte y aclaró que era porque ya no estaba en la ciudad.

• Testimonio rendido por el señor MARLON HUMBERTO ROMERO RODRÍGUEZ, hijo del señor HUMBERTO ROMERO, que conoció a NELLY entre 2006 o 2007 a través de su papá porque era la persona que estaba con él como compañera sentimental; que su papá le tenía una habitación arrendada en Ciudad Jardín y a veces se quedaba con ella, él costaba sus gastos en la misma y tenían una relación duradera. No sabe quien era la propietaria del inmueble o la dirección, negando haber ido en alguna ocasión. Luego dice que sí lo llegó a ver allá, por los lados de la Iglesia San Francisco de Asís. Que su padre convivía con su mamá pero en habitaciones separadas, pero ella murió hace 6 años. Aclara que durante esa relación no hubo interrupciones. Que su padre era pensionado y NELLY era ama de casa, cuando su mamá falleció fue quien estuvo pendiente de él, incluso iba a hacer el aseo en la casa de él y le pagaba por eso. Al ser cuestionado si la señora NELLY tenía otra casa, indica que varias veces la dejó en la casa de su mamá en Prados del Norte, que tuvo dos hijos pero no tuvo esposo. Respecto del fallecimiento, señala que HUMBERTO sufría de hipertensión y un día amaneció muerto de un infarto, noche en que estaba en su casa con su sobrino y su esposa. Respecto de cuantas noches pernoctaba en su casa decía que más o menos 3 veces y las demás noches en la habitación que arrendó con NELLY, describe algunas cosas que dijo tenían en esa habitación pero luego afirma no haber entrado. Explica que son 7 hermanos con vida, que todos conocían de la existencia de NELLY, pero le pidieron que no la llevara a vivir a la casa de su mamá por respeto y no conoce porque la noche del fallecimiento, no estaban juntos. Que su madre falleció en 2015, antes de lo cual ya existía la relación sentimental con NELLY pues sus padres vivían en espacios separados en la misma casa.

• Testimonio rendido por CLAUDIA FERNANDA ROMERO RODRÍGUEZ, quien afirmó conocer a NELLY desde hace 7 años aproximadamente porque era la “mujer de su papá”, apreciación que explica antes de que muriera su mamá existía una relación sentimental entre ellos y se enteraron que incluso convivían, siendo sus hermanos HUMBERTO, MARLON y JAVIER, indicando que el segundo era “el alcahuete”. Que todos sus hermanos sabían que el señor HUMBERTO tenía una relación con otra señora, que poco a poco él se las presentó y refiere que todos los viernes y sábado ellos jugaban tejo con MARLON, a donde ella acudía para compartir y escuchaba que le decían a su papá: “que ya viene la lechera”, refiriéndose a que doña NELLY vendía productos lácteos. Refiere que su papá no tenía buena convivencia con su mamá, vivían en la misma casa en piezas separadas y entonces él se perdía constantemente, ambos salían sin saberse a donde, su papá le dejaba el diario a su madre pero aún así ella presentaba controversias en comisarías de familia para reclamar por mayor soporte y ese problema es de vieja data. Que su padre le comentó que le arrendó una habitación en el Barrio Ciudad Jardín, por la Iglesia San Francisco de Asís y allí convivían cuando él no llegaba a la casa, pero nunca lo visitó o acudió a ese inmueble. Que al momento del fallecimiento en la casa su papá estaba con su hijo y su nuera que vivían allí, que esa noche no estaba con NELLY y él le dijo antes de dormir que ella quedó de llamarlo pero no lo hizo, por lo que al día siguiente cuando amaneció y había muerto, ella se comunicó con NELLY quien le informó que la noche anterior había muerto su mamá y entonces le informó del fallecimiento de su padre. Que ella sí estuvo en las exequias de su papá, pero una de sus hermanas la sacó, cree que por miedo a que les quisiera quitar la casa, derivado de los problemas entre hermanos por la sucesión. Al ser cuestionada sobre por qué dice que su papá vivía unos días en la casa familiar y otros en la pieza que arrendaba con Nelly, refiere que cuando se enteraron con sus hermanos de esa relación le prohibieron vivir con ella en la vivienda familiar por respeto con la memoria de su mamá, afirmando que no se iba a vivir permanentemente con ella por no dejar su casa, aunque acepta que desde su conocimiento por conversaciones y compartir con su padre que él le pagaba el sostenimiento a Nelly, arriendo y alimentación.

• Testimonio rendido por VILMA PATRICIA ROMERO RODRÍGUEZ, quien relató conocer a NELLY el día que velaron a su papá en la funeraria Los Olivos, donde la identificó como la persona que llevaba la leche y productos lácteos a la casa de sus padres. Niega haber tenido conocimiento de alguna relación sentimental de su padre con NELLY, desconoce por qué las afirmaciones de sus hermanos y solo puede dar fe de la actitud de su papá,

que de pronto “le echaba los perros” (sic). Al ser cuestionada sobre la información dada por sus hermanos, afirma que nunca conoció que su padre pernoctara en otra casa o tuviera otra relación, que eran confidentes y él no le dijo al respecto. Indica que su mamá falleció en la ciudad de Bogotá en compañía de su papá y ella tras 23 días de tratamiento, que luego su padre vivió permanentemente en su casa de Zulima donde falleció, que sus padres nunca se llegaron a separar. Que su padre gastaba sus ingresos pensionales y de arriendo en su subsistencia, los servicios de la casa de Zulima y en sus propios gustos. Sobre la relación con Nelly, refiere que desconoce la razón por la que sus hermanos afirman que existió, pues lo que sabe es que a su hermana YANETH le llegó un audio donde su hermano hablaba con NELLYY, donde hablaban de un montaje, que ella pagó testigos, que el abogado le estaba pidiendo mucha plata y que solo dos de sus hermanos fueron a firmar, lo que está en conocimiento de la Fiscalía General, incluyendo la foto porque fue su cara la que utilizaron para insertar a la señora NELLY. Refiere que cuando fue citada a la U.G.P.P. descubrió el uso indebido de esa foto y suministró el archivo real; señalando que el audio refiere claramente el pago a personas para modificar fotos y por ello se decidió poner el asunto en conocimiento de las autoridades.

• Testimonio rendido por ANA YANETH ROMERO RODRÍGUEZ, quien expuso conocer a NELLY el día que llegó a las honras fúnebres de su papá y su hermana mayor la sacó del recinto, donde se enteraron que entre ellos aparentemente había una relación y pidieron que se retirara para evitar problemas; que ese día oyó la supuesta relación de años que tuvo su padre con la señora, pero que ella desconocía. Que un día le llegó un audio que por error le envió su hermano mayor (MANUEL HUMBERTO) habla con NELLY refiriendo que tienen pruebas, fotos y testigos, para cuadrar que a ella le quede la pensión de su papá; luego de eso, con sus otras hermanas remitieron las pruebas de ese fraude a la UGPP y a la FISCALÍA porque no concuerdan con esa intención de afectar la imagen de su familia. Señala que su padre nunca vivió o durmió fuera de su casa. Solo supo que la señora NELLY iba y hacía aseo algunas veces a la casa de su papá, pero hasta el día del velorio escuchó como la identificaban de “mosa” de él. Que su padre era una persona muy “agarrada” con su dinero y no cree que fuera a cancelar un arriendo o valores para una mujer fuera del hogar. Sospecha que la intención es repartirse la pensión, porque no existe otra razón y que el audio aportado a la Fiscalía es muy claro sobre la forma de comprar testigos y manipular pruebas. Explica que ante la sospecha de esta actividad indebida confrontaron a la señora NELLY y por dicha conversación, ella les interpuso una querrela en comisaría. Respecto del día a día de su padre, expone que era alguien muy independiente y se encargaba de todos sus asuntos, pero rechaza que pudiera existir una relación al nivel de la relatada por otros testigos aunque acepta que MARLON y CLAUDIA sí se la pasaban más tiempo con él, pero que también eran quienes más apoyo económico recibían de él.

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”*. A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: *“El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo”*. Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que: *“El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes...”*, lo cual guarda consonancia con el artículo 167 del C.G.P.

Frente a la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación n.º 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, se refiere las facultades del juez recordando que *“no están sometidos a la tarifa legal, como quiera que atendiendo los mandatos previstos en el artículo. 61 del CPTSS, ostentan la facultad legal de apreciar*

libremente los medios de prueba y así formar de manera libre su convencimiento, atendiendo, eso sí, el principio de la sana crítica, lo que conlleva a que sus conclusiones, mientras no sean descabelladas, queden amparadas por la presunción de legalidad y acierto” y concluyen que las decisiones se deben fundamentar en los “elementos probatorios que le merezcan mayor persuasión y credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure la comisión de un yerro fáctico”

Específicamente en cuanto a la forma de analizar las pruebas de la convivencia, se reitera, que bajo la perspectiva de la jurisprudencia en cita, las pruebas aportadas deben establecer la convivencia de la compañera permanente reclamante con el causante por el término de 5 años contados inmediatamente antes del momento de fallecer el causante; sobre la situación que debe evidenciarse, en providencia SL5677 de 2021 se resalta que *“el requisito de convivencia no se prueba con una simple declaración extraprocesal, pues debe acreditarse la real y permanente comunidad de vida, **no se trata de una simple relación amorosa o un tiempo escaso de convivencia, es la voluntad real y con vocación de permanencia de conformar una familia**”*.

Respecto de la forma de apreciar las investigaciones administrativas, en diferentes providencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL3035 de 2022 y SL2768 de 2022) se reitera que estos tienen la calidad de documento declarativo emanado de terceros y así debe ser valorado; al respecto el artículo 262 del C.G.P. señala que *“Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación”*. De otra parte en SL2851 de 2022 se explica que *“Resulta importante distinguir que la estructura de un informe de investigación se compone principalmente de tres partes a saber: la primera, parte introductoria encaminada a justificar la elaboración del informe y precisar la finalidad del mismo; la segunda, el desarrollo del mismo, encaminada a la recopilación de la información y; por última, la emisión de las conclusiones o, lo que es lo mismo, la presentación de los resultados obtenido”*; explicando que el Juez es libre de valorar bajo los efectos de la sana crítica, el contenido de las conclusiones de dichos documentos.

Una primera consideración de la Sala se deriva a aclarar que en este trámite no se aportó directamente como prueba la fotografía que las partes alegan alteradas, solo aparece la comparación en el informe de investigación de la U.G.P.P. y la indicación en el mismo que la foto aportada inicialmente por la solicitante sí esta alterada. Tampoco se aportó, en ningún medio, el audio señalado por varios testigos donde se afirma que NELLY MEDINA y MANUEL HUMBERTO ROMERO hablaban de falsificar pruebas, por lo que dicho debate no hace parte de este trámite y sobre dicha actuación adelanta investigación penal la FISCALÍA GENERAL, por denuncia de la U.G.P.P., que apenas está en etapa de indagación. Sin que sea dable valorar o analizar situaciones derivadas de este hecho, que no fue incorporado al litigio por los medios de prueba adecuados y por ende se establecerá, con las pruebas regular y oportunamente allegadas, la viabilidad de las pretensiones.

En este caso, se evidencia que el señor HUMBERTO ROMERO CASTRO estuvo casado con la señora MARÍA MARLENE RODRÍGUEZ y procrearon 8 hijos juntos, vínculo que estuvo vigente hasta el fallecimiento de ella en 2015 y que residieron en su vivienda familiar del barrio Zulima de esta ciudad; derivando la controversia en que las pruebas documentales y testimoniales dibujan dos panoramas diferentes frente a la alegada relación que afirma la demandante NELLY MEDINA con el señor ROMERO: una versión afirma que pese a vivir juntos, los cónyuges cesaron su relación sentimental y dormían por separado aunque el señor ROMERO seguía sosteniendo

económicamente el hogar, pero que desde 2006 inició una relación sentimental con la señora NELLY y que inclusive arrendó una habitación donde pernoctaban juntos, al menos 3 noches a la semana, hasta su fallecimiento. Otra versión, refiere que pudo haber existido una relación amorosa entre NELLY y HUMBERTO, pero de ninguna manera configuraron una convivencia como la afirmada, señalando inclusive la existencia de pruebas falsas y testimonios amañados.

La anterior dicotomía está respaldada por sus respectivos medios de prueba; sobre los informes de investigación ordenados por U.G.P.P., debe señalarse que el primero realizado con la reclamación inicial y que tuvo como motivo verificar la convivencia por la diferencia de edad en la pareja, pudo concluir que esta sí sucedió basado en los relatos de 3 testigos vecinos del barrio Ciudad Jardín y 2 hijos del causante, pero en estas no señalaron las condiciones de modo o tiempo en que percibieron dicha relación. El segundo informe se derivó de la denuncia de posibles pruebas falsificadas realizada por otras hijas del causante, lo que llevó a reevaluar y profundizar más en la valoración de pruebas; de allí que el segundo informe recepcione hasta 12 entrevistas de hijos, nietos y vecinos del barrio Zulima, pero la conclusión sea diferente, pues aunque algunos aceptan que existiera una relación con NELLY y otros la rechacen totalmente, los primeros son claros al advertir que no hubo convivencia o responden con evasivas al respecto.

El mismo panorama se deriva de los testimonios recepcionados, los cuáles serán valorados por separado.

Al respecto, la versión de la señora ELIA SERRANO RAMÍREZ resulta concordante con la de los hijos del causante, MARLON y CLAUDIA ROMERO, en cuanto afirma que el señor HUMBERTO ROMERO arrendó una habitación para residir con NELLY MEDINA, desde 2006 a 2017; no obstante, sí deriva algunas inconsistencias en cuanto a la intensidad con que pernoctaban en esa vivienda, pues los hijos afirman, que podía ser de hasta 3 noches a la semana, pero la testigo da a entender que era permanente y solo algunas ocasiones no llegaban, sin especificar con que periodicidad se ausentaban aunque insinuando que eran pocas. Se destaca que, en todo caso, la testigo refiere que salían en la mañana y volvían hasta la noche, lo que le impide conocer si compartían espacios durante el día o todos los días.

La declaración de la testigo ISABEL VILLAMIZAR no arroja mayor información, pues su conocimiento es limitado a la información que le suministraba la misma demandante y su percepción directa se limita a encuentros en la calle con la pareja, sin especificar su periodicidad.

Finalmente, frente a las declaraciones de los hijos del causante, se advierte un enfrentamiento entre las versiones de MARLON y CLAUDIA ROMERO y la de VILMA y ANA YANETH ROMERO; aceptando los primeros que hubo una relación sentimental de su padre con la actora, que él sí cancelaba el arriendo y sostenía económicamente a NELLY, pernoctando al menos 3 noches en la semana allí y que esto continuo pese a la muerte de la cónyuge. Mientras que las segundas descartan cualquier posibilidad de que dicha historia sea cierta, afirmando, que existe una intención de apropiarse indebidamente de la sustitución pensional, pues desde su conocimiento es falso que su padre tuviera dicha relación antes o después de la muerte de su madre.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral en múltiples pronunciamientos como SL1950 de 2019, ha señalado *“en presencia de varios testimonios contradictorios u opuestos, que permiten arribar conclusiones enfrentadas o disímiles, corresponde al juzgador, dentro de su libertad y autonomía y en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, establecer,*

conforme a la libre formación del convencimiento previsto en el artículo 61 del CPTSS, su mayor o menor credibilidad, pudiendo escoger a un grupo de deponentes como fundamento de la decisión y desechar el otro, lo cual no configura de ninguna manera un yerro, tal como se expuso en Sentencia CSJ SL, 23 nov. 2016, rad. 47003”.

Acorde a estas evidencias, aunque es posible afirmar la existencia de una relación sentimental entre NELLY MEDINA y HUMBERTO ROMERO, no se deriva que esta tuviera una vocación de permanencia que alcanzara los elementos de la convivencia legalmente exigida por la norma para ser beneficiaria de la sustitución pensional; careciendo el plenario de pruebas de un proyecto de vida en común, de lazos de acompañamiento y asistencia recíproca.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado en providencia SL5415 de 2021 que *“Es claro que existió una relación sentimental entre ellos, **sin embargo, se insiste, no se logró acreditar con las pruebas hábiles en casación la exigencia contenida en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 en los términos de una comunidad de vida permanente.** En este sentido, resulta importante distinguir entre la convivencia que puede predicarse en el caso de los compañeros y los novios, diferenciación que no es novedosa, pues esta misma Sala desde hace una década atrás reconoció que, **«Al juez no le compete sustituir a los miembros de la pareja dándoles la intención de ser una familia que ellos mismos se negaron a constituir; los noviazgos permanentes donde no hay un compromiso de constituir un proyecto de vida común no constituyen familia»** (CSJ, 27 de abril de 2010, radicado 38113).”*

Siguiendo este parámetro, considera la Sala que aun dando credibilidad a la versión de los hijos MARLON y CLAUDIA ROMERO, el panorama propuesto por su relato es insuficiente para configurar el precepto de convivencia expuesto; en efecto, los señores NELLY MEDINA y HUMBERTO ROMERO tuvieron una relación amorosa pero no llegaron a configurar una intención de ser una familia, no hubo compromiso real y concreto de tener una comunidad de vida en pareja, más allá de pernoctar juntos algunas noches sin tener certeza con que periodicidad y no se advierte que esto llegara a generar una cohabitación permanente bajo el mismo techo. Nótese que el señor ROMERO, aun después de la muerte de su esposa, siguió viviendo y manteniendo sus pertenencias en su residencia familiar; incluso, la testigo ELIA SERRANO indica que ambos se iban por su lado y no se apoyaban mutuamente en situaciones difíciles (indicativo de convivencia), pues se explica que la señora NELLY iba a cuidar sola a su mamá y el señor HUMBERTO en esa época, seguía viviendo por su cuenta y sin mostrar receptividad de asistencia frente a las dificultades de la actora.

Se recuerda que la noción de convivencia exigida por la Corte Suprema, como en providencia SL3344 de 2022, incluye *“comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable”*; lo que no se deriva en este caso, donde las pruebas que señalan la existencia de una relación amorosa entre la reclamante y el causante, no son suficientes para proyectar esa dimensión de convivencia.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia que negó el derecho a la demandante alegando calidad de compañera permanente; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a favor de la demandada U.G.P.P., fijando como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia recurrida de fecha 6 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandante. Fijar como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente a favor de la demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

(En permiso)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 1 de diciembre 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: 54-001-31-05-001-2019-00427-00

Partida Tribunal: 19892

Demandante: LUDY ESPERANZA CARRILLO CANDELO

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

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta (30) de noviembre 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 29 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-001-2019-00427-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19892 promovido por la señora LUDY ESPERANZA CARRILLO CANDELO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL.

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 LUDY ESPERANZA CARRILLO CANDELO demanda a las entidades anteriormente mencionadas solicitando principalmente que, previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS Y OLD MUTUAL, 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. Indicó que nació el 03 de junio de 1957, 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 2012.
2. Que se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida el día 04 de mayo de 1976.
3. Que se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el día 01 de noviembre de 1998 mediante afiliación a PORVENIR, y posteriormente se trasladó entre administradoras a COLFONDOS y por último a OLD MUTUAL,
4. Que a la fecha ha cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos Regímenes más de 1735 semanas.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, S.A., dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones principales, subsidiarias y subsidiaria a la pretensión N°2 inmediatamente anterior, en el entendido que no se tuvo ninguna intervención al momento de brindar información a la hoy demandante LUDY ESPERANZA CARRILLO CANDELO, quien fue de manera libre y voluntaria, quien tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión; ya que en este momento tenía otras expectativas.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó INEXISTENCIA DEL DERECHO PARA RECLAMAR LA PRESTACIÓN ECONÓMICA, LA INNOMINADA, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, COBRO DE LO NO DEBIDO POR FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA SU RECLAMACIÓN.

Por su parte, PORVENIR S.A. indico que se opone a las pretensiones principales, subsidiarias y subsidiaria a la pretensión N°2 inmediatamente anterior, argumentando que está imposibilitado de atender las súplicas de la

demanda, por cuánto actualmente el demandante se encuentra afiliado OLD MUTUAL por lo tanto se considera una falta de legitimación por pasiva.

Así mismo, que, al momento de realizarse la afiliación o traslado a PORVENIR, NO existía disposición en la ley 100 de 1993, que regulara expresamente la forma en que se debía dar asesoría para el cambio de régimen.

Como excepciones de mérito propuso las excepciones que denominó: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, INNOMINADA O GENÉRICA

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** esta dio formal contestación oponiéndose parcialmente a las pretensiones principales y subsidiarias incoadas por la demandante, ya la afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, cumplir con la totalidad de los requisitos legales para su validez, por cuando no existen motivos que soporten la nulidad que pretende la accionante con la presente demanda.

Que por lo anterior, resulta claramente demostrado toda vez que al suscribir el formulario de afiliación la demandante dejo constancia que su elección fue efectuada autónomamente, espontánea y sin presiones que hubiesen podido viciar su consentimiento tal como consta en formulario de afiliación del 26 de julio del 2013.

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

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 09 de junio de 2022, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: SE DISPONE LA NULIDAD DE INSISTENCIA DEL TRASLADO QUE HIZO LA DEMANDANTE A PORVENIR EL 01 DE NOVIEMBRE DE 1998 Y CON POSTERIORIDAD A COLFONDOS

SEGUNDO: SE CONDENA A OLD MUTUAL, PORVENIR Y COLFONDOS A DEVOLVER AL SISTEMA TODOS LOS VALORES RECIBIDOS DE LA DEMANDANTE, COMO BONOS PENSIONALES Y TODOS LOS MOVIMIENTOS INCURRIDOS AL RÉGIMEN DE

PRIMA MEDIA CON SUS RENDIMIENTOS QUE HUBIERAN CAUSADOS

TERCERO: ORDENAR A COLPENSIONES A ACEPTAR EL TRASLADO DE LA DEMANDANTE LUDY ESPERANZA CARRILLO CANDELO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA

CUARTO: SE CONDENA LOS DEMANDADOS ASUMIR A SU CARGO TODOS LOS DETERIORES SUFRIDOS, POR LO DAÑOS SUFRIDOS ESTO ES LAS MERMAS Y GASTOS INCORRIDOS

QUINTO: NO PROSPERAR LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS, YA QUE LAS MISMAS SE PUEDEN SOLICITAR EN CUALQUIER TIEMPO

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS A LA PARTE DEMANDADA A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A FIJANDO COMO AGENCIAS EN DERECHO EN FAVOR DE LA PARTE DEMANDANTE, LA SUMA DE UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información al afiliado al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado. En relación a lo anterior, para el despacho existió una afectación del derecho fundamental de dignidad de la trabajadora 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 de la afiliada, que tenía derecho a recibir una información veraz.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

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

Se refirió a la obligatoriedad que surge de recibir a la demandante dentro del régimen de prima media, por cuanto esa situación genera una inestabilidad

financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que la demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca 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, enfatizó en el desacuerdo de la condena en costas y la excepción de prescripción formulada en la contestación de la demanda.

PARTE DEMANDADA- PORVENIR

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

Así mismo, no compartió el fallo en lo relacionado a que se debe devolver la totalidad de los descuentos realizados por el fondo; esto, dado que consideró que se ordena la retribución de todos los rendimientos que produjo esos aportes pensionales cuando estuvieron en Porvenir, pero se niega el derecho a Porvenir de descontar los gastos de administración, y a su vez, de también reconocer sumas como las primas que se pagaron para los seguros de invalidez, vejez y muerte, lo que, a su juicio, es un absurdo porque se incurre en una injusticia de parte del sistema judicial debido que además de llevarse el rendimiento, no se reconocen los gastos en los que incurrió el fondo, siendo claro el Código Civil cuando habla de las restituciones mutuas en los casos como el siguiente, en su artículo 964 inciso final dice: “En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”.

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

PARTE DEMANDADA- COLFONDOS

La 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 de la demandante para con la AFP

PARTE DEMANDADA- OLD MUTUAL hoy SKANDIA

Indicó la parte en su recurso que se encuentra inconforme con la decisión y solicita que sea revocada parcialmente.

Recalcó que 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.

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

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, los cuales 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 el día 01 de noviembre del año 1998 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 las AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL 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. Esto, conforme a la excepción de prescripción planteada por Colpensiones.
4. Por último, se revisará la inconformidad 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 el demandante como por las entidades demandadas, advirtiéndole 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 la demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia del ISS a PORVENIR 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 LUDY ESPERANZA CARRILLO CANDELO 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 la afiliada 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 LUDY ESPERANZA CARRILLO CANDELO afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PROTECCIÓN S.A., lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que la demandante LUDY ESPERANZA CARRILLO CANDELO estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida el 04 de MAYO de 1976, hasta que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación al fondo de pensiones PORVENIR S.A el día 01 de noviembre de 1998 y posteriormente se traslada entre administradoras a COLFONDOS y OLD MUTUAL.

Luego entonces, de las pruebas arrimadas al proceso se observa en las pruebas aportadas en la contestación de la demanda por la AFP PORVENIR, que el traslado de régimen que hiciera inicialmente el demandante de COLPENSIONES a PORVENIR S.A., fue efectuado en noviembre de 1998, así como se evidencia el formato N°0158342 de solicitud de vinculación o traslado de fecha 30 de octubre de 1998, el cual fue suscrito por la demandante, se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, considera la Sala que estas 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 de la demandante.

Reiterándose que, le correspondía a dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, a la demandante en todo lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica como la contenida en la solicitud de vinculación, no es suficiente para inferir que existió una decisión documentada por parte 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 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 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 LUDY ESPERANZA CARRILLO CANDELO por lo que, en esta instancia se CONFIRMARÁ lo resuelto por el juez A quo.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante el 30 de octubre de 1998, 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 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 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 y de este a los fondos COLFONDOS y OLD MUTUAL S.A., las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer 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 la afiliada hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables a la afiliada, en sus respectivos periodos de cotización.

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

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

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

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

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

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

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

Es entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho de la afiliada 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, materia de inconformidad por las entidades demandadas debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio, 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., PORVENIR, S.A., COLFONDOS, OLD MUTUAL S.A en favor de la demandante.

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

VIII RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 29 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., PORVENIR, COLFONDOS Y OLD MUTUAL S.A., y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

En permiso

ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de Diciembre 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: 54001-31-05-001-2020-00227- 00.

Partida Tribunal: 19.973

Demandante: ASTRID DEL CARMEN HERRERA CASELLES

Demandada(o): COLPENSIONES / AFP PROTECCIÓN

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta (30) de noviembre 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 presentados 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 22 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado 54001-31-05-001-2020-00227-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19.973 promovido por la señora ASTRID DEL CARMEN HERRERA CASELLES contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A.

I. ANTECEDENTES

La demandante ASTRID DEL CARMEN HERRERA CASELLES 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 CESANTIAS 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 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 siguientes hechos: Que ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el día 07 de julio de 1980, cotizando aportes ante extinto ISS hasta el 18 de febrero de 1983, luego,

desde 04 de abril de 1988 fue afiliada a CAJANAL hasta el 31 de enero de 1997. Que el día 01 de febrero de 1997 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 DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN, sin recibir información de los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro, en formulario de afiliación No. 459695. FOLIO 20.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

COLPENSIONES, S.A., se opone a todas las pretensiones incoadas, alega 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, IMPOSIBILIDAD DE VOLVER AL ESTADO MISMO DE LAS COSAS POR HABER UN HECHO CONSUMADO, PRESCRIPCIÓN, INNOMINADA O GENÉRICA.

PROTECCIÓN se opone a las pretensiones principales y subsidiarias incoadas por la demandante, asegurando 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, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE Y LA INNOMINADA 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 22 de julio del 2022, resolvió lo siguiente:

***“DECRETAR LA NULIDAD** e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que la demandante ASTRID DEL CARMEN HERRERA CASELLES hizo en principio ante el fondo de pensiones privado primeramente DAVIVIR hoy PROTECCIÓN SA, realizado en febrero de 1997 de conformidad con las motivaciones que antecede en esta sentencia.*

***SE CONDENA** a la demandada administradora fondo de pensiones y cesantías PROTECCION SA a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del a la demandante ASTRID DEL CARMEN HERRERA CASELLES tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses conforme lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y todos los descuentos realizados, con sus rendimientos que se hubieren causado en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.*

***SE ORDENA** a la administradora colombiana COLPENSIONES que una vez la administradora de fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN SA de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda aceptar el traslado de c, del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, por ella administrada.*

***SE CONDENA** a la administradora de pensiones y cesantías PROTECCIÓN SA, asumir a su cargo los deterioros y mermas sufridas por el capital o por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de pensión de vejez, por los gastos de administración, seguros previsionales en que hubiere incurrido, los gastos por seguros conforme al art 60 y 20 de la ley 100 de 1993. debiendo ser estas sumas devueltas, debidamente indexadas.*

***NO PROPERAN** las excepciones propuestas por los demandados. 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 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 interpuso recurso de apelación, manifestando que la señora ASTRID DEL

CARMEN HERRERA CASELLES 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 la accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen. Que la demandante estuvo vinculada con CAJANAL al momento del traslado, por lo que Colpensiones no es responsable en de las decisiones que libremente tomó a la actora y que la entidad llamada a responder por el traslado es CAJANAL.

Que PROTECCIÓN 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. Por último, se opuso a la condena en costas.

PROTECCIÓN 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: demandante y demandadas presentaron sus alegatos de conclusión, ratificando los argumentos expuestos en la presentación de la demanda y contestación.

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 ASTRID DEL CARMEN HERRERA CASELLES en el año 1997 desde el RPMPD, al RAIS DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN 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) que la demandante antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones introducido por la Ley 100 de 1993, venía realizando cotizaciones al extinto CAJANAL, (ii) que se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de DAVIVIR S.A., desde el 01 de febrero de 1997.

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 Nacional de Previsión Social, 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, en el presente evento, la actora estuvo afiliada al RPMPD régimen que hoy es administrado por la misma entidad y luego, se trasladó al RAIS Administrado por DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN el 01 de febrero de 1997 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 Nacional de Previsión Social.

Aclarado lo anterior, se hace preciso indicar que la demandante alega que el traslado efectuado el 01 de febrero de 1997 al RAIS-DAVIVIR 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 PROTECCIÓN S.A., cuando señala que para el año 1997 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 ASTRID DEL CARMEN HERRERA CASELLES afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

Caso concreto.

Bajo las anteriores consideraciones y con el objeto de dar respuesta al recurso de apelación de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., respecto a **la demostración de un consentimiento informado** en el traslado de régimen, se tiene que en reiterados pronunciamientos proferidos por esta Sala en consideración a las indicaciones del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, se ha dicho que, es responsabilidad de las Administradoras del Fondo de Pensiones, acreditar que el afiliado recibió la información completa, eficaz, clara y precisa, ya que la manifestación del afiliado constituye un ***supuesto negativo*** que no podrá ser demostrado por quien lo invoca, sino mediante 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 ASTRID DEL CARMEN HERRERA CASELLES fue el día 07 de julio de 1980 fue afiliada al sistema de Seguridad Social en Pensiones cotizando aportes ante extinto ISS y desde 04 de abril de 1988 ante el también extinto CAJANAL; posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual desde el mes de febrero de 1997 a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS DAVIVIR S.A., hoy

PROTECCIÓN S.A.

Este hecho que se acredita mediante el formulario de afiliación No. 459695 visto a folio 20 de la demanda, 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 DAVIVIR S.A. para que administre mis aportes pensionales...”, hecho corroborado por el historial laboral a folio 24 de la demanda y el historial de traslado de Asofondos a folio 26 de la contestación de la demanda de Protección; 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 20, 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, DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular de la demandante, de tal suerte que las afirmaciones contenidas en el formulario No.459695 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 DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que, en este caso en particular, suministró al demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

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

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 PROTECCIÓN 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 ASTRID DEL CARMEN HERRERA CASELLES 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 PROTECCIÓN, 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 febrero de 1997**, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN ., 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 PROTECCIÓN S.A. las cosas deben retrotraerse, como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas. 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, tomando en consideración la inconformidad de Colpensiones, 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 los problemas jurídicos planteados en forma desfavorable a los recurrentes COLPENSIONES y PROTECCIÓN 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 22 de julio de 2022.

Se condenará en costas de segunda instancia a LA AFP PROTECCIÓN 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 ASTRID DEL CARMEN HERRERA CASELLES, 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 22 de julio de 2022.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a LA AFP PROTECCIÓN 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 ASTRID DEL CARMEN HERRERA CASELLES, 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

(EN PERMISO)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de Diciembre 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: 54001-31-05-001-2021-00061-00

Partida Tribunal: 20.032

Demandante: MANUEL ENRIQUE CASTILLO

Demandada (o): COLPENSIONES- PROTECCIÓN-

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

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

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por la apoderada judicial de las entidad demandada Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta, de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día **08 de septiembre de 2022**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54001-31-05-001-2021-00061-00 y partida de este Tribunal Superior No. 20.032 promovido por el señor MANUEL ENRIQUE CASTILLO ZAMORA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., y LA A.F.P. PROTECCIÓN, S.A.

I. ANTECEDENTES

El demandante MANUEL ENRIQUE CASTILLO a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se declare la nulidad y/o ineficacia del Traslado de Régimen que realizó el día 26 de septiembre de 1996 del REGIMEN DE PRIMA MEDIA administrado POR COLPENSIONES a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., por la indebida y nula información que suministro el fondo privado a mi poderdante, en consecuencia, se ORDENE a COLPENSIONES y PROTECCIÓN a realizar las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado, esto es, traslado de todo el ahorro desde PROTECCIÓN hacia COLPENSIONES, actualización de historia laboral sin solución de

continuidad, al uso de las facultades extra y ultra petita y al pago de las 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 se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida desde julio de 1988. Que el 26 de septiembre de 1996 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS PROTECCIÓN 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, toda vez que asegura que la parte accionante MANUEL ENRIQUE CASTILLO ZAMORA, no puede desconocer su traslado de forma voluntaria y sin presión al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) Administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., en la cual se mantuvo en este hasta la fecha.

Sostuvo que, en el asunto examinado, no se logra colegir la ausencia de alguno de los elementos previsto en el art. 1502 del CC, ni tampoco que fuese engañado y conducido a un error en su convencimiento. Por el contrario, se evidencia la manifestación libre y voluntaria del demandante de permanecer al régimen de ahorro individual con solidaridad y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad.

Aseguró que no se encuentra elemento alguno que permita dar cuenta que, se presentó una falta de información por parte del fondo privado al momento de llevarse a cabo la suscripción del formato de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y que, por lo tanto, la insuficiencia de la información afecte los intereses del afiliado en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo.

Se opuso a que se condene en costas procesales porque asegura haber actuado de buena fe, con apego al derecho y no le asiste derecho al accionante por haberse afiliado de forma voluntaria y sin presión al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) y se mantuvo en este hasta hoy fecha, por lo cual, incurso en lo establecido por el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993; y, el literal E) Modificado por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de diez (10) años para pensionarse.

Propuso como excepciones de fondo, la buena fe, la inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir, el cobro de lo no debido por falta de

los presupuestos legales para la reclamación, la legalidad de los actos declarativos, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, la inoponibilidad por ser tercero de buena fe, la responsabilidad sub generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de condena en costas, la prescripción, la imposibilidad de volver al estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado y la innominada o genérica.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., indicó que se opone a la totalidad de pretensiones principales incoadas por el demandante. Manifestó que el traslado de régimen RPM al RAIS, se realizó conforme a derecho y no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y de acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial. Aseguró que, de las pruebas documentales aportadas con la contestación, en particular el formulario de vinculación o traslado, suscrito por el demandante, bajo la gravedad del juramento, se constata que su decisión la ha tomado de manera *libre, espontánea y sin presiones*. Lo que despeja cualquier duda acerca de la posible ocurrencia de un vicio de la voluntad, y hace necesaria la absolución de PROTECCIÓN, ante la omisión de pruebas para desvirtuar esta manifestación propia del demandante.

Arguye que el demandante se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen, del art. 2 de la ley 797/2003, pues es claro que se encuentra a menos de 10 años de la edad de pensión, lo que evidencia conformismo o en el peor de los casos, desidia sobre el asunto, no puede ahora *alegar su propia torpeza*. *En conclusión, aceptar en estos momentos los argumentos de la parte demandante, no tiene sustento jurídico alguno.*

Propuso las excepciones de mérito: DECLARACIÓN DE MANERA LIBRE Y ESPONTÁNEA DEL DEMANDANTE AL MOMENTO DE LA AFILIACIÓN CON LA AFP COLMENA HOY PROTECCIÓN S.A., REASESORIA PENSIONAL BRINDADA POR PROTECCIÓN ANTES DE QUE EL DEMANDANTE SE ENCONTRARA INMERSO DE LA PROHIBICION LEGAL ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 33 DE LA LEY 100 DE 1993, BUENA FE POR PARTE DE AFP PROTECCIÓN S.A., INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA POR AFECTACION A TERCEROS DE BUENA FE., PRESCRIPCIÓN, EXCEPCIÓN GENÉRICA (ART. 282 C.G.P),

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 08 de septiembre de 2022, Declaró la nulidad del traslado que hizo el demandante Manuel Enrique Castillo a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. **Condenó** a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A a devolver al sistema todos los valores recibidos del demandante, como bonos pensionales y todos los movimientos incurridos al régimen de prima media con sus rendimientos que hubieren causado. **Ordenó** a Colpensiones aceptar el traslado del demandante al régimen de ahorro individual al régimen de prima media. **Condenó** a los demandados asumir todos los deterioros sufridos por los daños sufridos, eso es las mermas y gastos incurridos. **Declaró** no prosperas las excepciones propuestas por las demandadas, entre ellas la prescripción porque la nulidad se puede pedir en cualquier tiempo y condenó en costas procesales a cargo de las demandadas.

Con fundamento en lo anterior, aseguró el Juez A quo que no existe prueba 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; esto es, que PROTECCIÓN S.A. no cumplió la carga probatoria para demostrar que realizó la información al afiliado hoy demandante respecto de los beneficios y/o perjuicios del traslado, con la salvedad del formulario que no es prueba idónea y necesaria para suplir la mencionada carga.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES 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 conforme lo expone el art. 2º de la Ley 797 de 2003, porque le falta menos de 10 años cumplir la edad para pensionarse, ya que el actor tiene actualmente 58 años cumplidos. Asegura que el traslado goza de plena validez porque el mismo se dio en cumplimiento con el ordenamiento jurídico, respetando la voluntad y sin coacción alguna; de la misma manera, alega que COLPENSIONES no tuvo injerencia sobre el traslado.

Que el actor ha estado afiliado al RAIS por más de 15 años y este tuvo la oportunidad de decidir qué fondo o administradora le favorecía. Solicita que se tenga en cuenta la excepción de prescripción. No estuvo conforme con las costas procesales porque la entidad actuó conforme a derecho y en cumplimiento de su deber.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

COLPENSIONES ratificó los argumentos del recurso de apelación y de la contestación, alegando que la nulidad le es inoponible a terceros; asegura que el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y según la LEY 1328 DEL 2009.- artículo 48. que modifico los literales c) y, d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, razones por las cuales, solicita que la sentencia sea revocada en su totalidad.

PROTECCIÓN S.A. ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

La parte demandante solicitó confirmar 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 el recurso de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

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 MANUEL ENRIQUE CASTILLO en febrero del año 1996 desde el ISS hoy COLPENSIONES a LA AFP PROTECCIÓN 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, para PROTECCIÓN S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones; igualmente verificar si operó la excepción de prescripción.

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 del primer problema jurídico.

Cabe precisar, que como lo ha dicho esta Sala en reiterados pronunciamientos orientados por el precedente judicial vertical de la Honorable Corte Suprema de Justicia, para que proceda la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado desde el RPMPD al RAIS, lo que se exige es que la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información ya que *«el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea»* (CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021). Todo ello, por cuanto *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL5680-2021, SL4025-2021).

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.

En conclusión, para que el operador judicial declare la ineficacia del 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.

Esto es, la carga probatoria conforme al artículo 1604 del Código Civil, incumbe a quien debió emplearlo, lo que no se agota solo con traer a colación los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, ya que ello no se puede satisfacer únicamente con llenar los espacios vacíos de un formulario, sino con la persuasión certera sobre el hecho de que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendía a las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre y debidamente informada, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

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 como en el interrogatorio de parte, el demandante Manuel Enrique Castillo, afirma que no recibió información por parte del fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., que no tenía conocimiento que había sido trasladado de régimen, que los documentos eran suministrados por el empleador cada vez que se renueva el contrato y que conoció que estaba en PROTECCIÓN cuando revisó las semanas por estar a pocos años de recibir la pensión de vejez.

En conclusión, alega el actor que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de

PROTECCIÓN S.A., lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

Además, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad -26 de septiembre de 1996-, la obligación de la AFP ya existía, en cual, debía entregar a la persona información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019), conforme al citado literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -luego modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implica la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. Si esto no se demuestra en un proceso que cuestione el cumplimiento de esta obligación, el legislador estipula que el traslado carece de eficacia; luego entonces, tampoco es cierto lo que señala el apoderado judicial de PROTECCIÓN cuando alega que para la fecha del traslado no existía obligación alguna.

Caso concreto

Así las cosas, se tiene el demandante Manuel Enrique Castillo suscribió el formulario de afiliación a Colmena, hoy PROTECCIÓN a fecha 26 de septiembre de 1996 situación que es demostrada a folio 15 (Historial Laboral) de la contestación de la demanda de PROTECCIÓN, así como en el folio 11 del archivo 003 del expediente “pruebas documentales”; estos documentos por sí solos son insuficientes para acreditar el deber de información, conforme se expuso en precedencia.

Tampoco demostró PROTECCIÓN 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, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público.

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

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado, que no hubo una asesoría clara, completa y eficaz en el momento de traslado de régimen, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PROTECCIÓN S.A. y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente ineficaz el traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual del demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento, por falta de asentimiento informado, quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable al demandante MANUEL ENRIQUE CASTILLO.

Segundo problema jurídico- montos a restituir

Sobre este punto, es menester señalar que, aunque el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha explicado que sus consecuencias prácticas son idénticas, esto es, que las cosas vuelvan al estado inicial (SC3201-2018, SL1688-2019, SL3464-2019, SL2877-2020 y SL373-2021).

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...”

De ahí que la AFP PROTECCIÓN S.A. está obligada a devolver a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones (SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021) y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del tiempo, debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021).

En cuanto a la **excepción de prescripción** que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (Ver sentencias SL1688-2019, reiterada en la SL4360-2019).

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.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada COLPENSIONES 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.

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 08 de septiembre 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 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., a favor de la demandante MANUEL ENRIQUE CASTILLO.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

(EN PERMISO)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Nidia Belén Quintero G.

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de Diciembre de 2022.



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2021-00282-01
RADICADO INTERNO:	19.934
DEMANDANTE:	LUIS GONZAGA PARRA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., así como del Grado Jurisdiccional de Consulta, sobre la sentencia del 28 de junio de 2022, que fue proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

El señor LUIS GONZAGA PARRA por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PORVENIR S.A, solicitando que declare la existencia de un vicio de consentimiento informado al no haber recibido información suficiente, clara y precisa sobre las consecuencias desfavorables, siendo engañado por esta actuación y por lo cual solicita se ordene a PORVENIR realizar el traslado de los aportes y sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, con la orden de recibirlos y materializar su respectiva afiliación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones principales relata:

- Que el señor LUIS GONZAGA PARRA RAMÍREZ nació el 4 de julio de 1964 y comenzó a cotizar al régimen de prima media en el I.S.S. desde el 4 de febrero de 1994, pero por engaños y falta de información clara por parte de un asesor de Protección (sic), ya que este le dio falsas promesas sobre un valor mayor como pensión y en un menor tiempo, por lo cual suscribió el formulario de HORIZONTE S.A. del 13 de diciembre de 1994 con No. 221928.

- Que no recibió información suficiente sobre las ventajas y desventajas que implicaría el traslado de fondo, configurándose un vicio de consentimiento por insuficiente información.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que acepta los hechos de la edad, afiliación al I.S.S. y no le constan los demás por cuanto deben ser demostrados por el interesado, siendo ajenos los hechos alegados; se opone a las pretensiones pues el demandante se trasladó de manera voluntaria, libre y espontánea del RPM al RAIS, lo cual tiene plena validez y cualquier vicio debe demostrarse en el proceso, pues la declaración de voluntad proviene de una persona legalmente capaz y debe demostrar el vicio alegado.

- Acepta los hechos referentes a su actuación, negando haber tenido injerencia alguna en la decisión de traslado de la actora y por lo tanto deben ser probados por la parte interesada; alegando que la entidad actúa dentro de su ámbito de competencias legales, el actor ejerció su derecho a la libre elección del régimen y los usuarios están facultados para trasladarse entre regímenes cada cinco años antes de que les faltaren 10 para la edad de pensión, por lo que la actora no puede retornar legalmente y en caso de hacerlo se le estaría afectando como tercero por acciones inoponibles.

- Propuso las excepciones de mérito: buena fe, inexistencia de la obligación demandada, falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido, legalidad de los actos administrativos, inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad sui generis, juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de condena en costas, prescripción, hecho consumado e innominada.

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

- Que no le constan los hechos, que los mismos deben probarse y que se opone a las pretensiones porque la Administradora realiza exhaustivos procesos de capacitación y formación a sus funcionarios en relación con el funcionamiento del Sistema General de Pensiones y las prestaciones que el mismo otorga, con el fin de atender de manera eficiente y oportuna todas y cada una de las inquietudes que sus afiliados actuales y potenciales puedan llegar a tener en relación con su futuro pensional; quedando expresado el interés y voluntad en el diligenciamiento del formulario y tras ello se entregan los informes trimestrales, realizándose también en 2004 la campaña masiva de información sobre traslados libres.

- Que la parte demandante se limitó en un relato difuso e impreciso a endilgarle responsabilidad sin sustento probatorio alguno. Que las pruebas documentales que se aportan, en particular el formulario de vinculación o traslado, suscrito por el demandante, bajo la gravedad del juramento, da constancia de que hubo una debida asesoría y que tomó su decisión de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la posible ocurrencia de un vicio de la voluntad y hace necesaria la absolución de esa AFP.

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

- Que informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen a través de los canales dispuestos por la Administradora, los extractos trimestrales y en el año 2004 realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, informando la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en la normas y el demandante no hizo uso de esa legítimo derecho.

- Que no le constan los hechos narrados y se opone a las pretensiones al no existir vicio alguno que amerite o genera la nulidad e ineficacia del traslado, siendo la contravención de un acto propio que desconocería la buena fe negocial; que en todo caso cualquier declaratoria de nulidad da derecho a las partes a restituir las cosas al estado en que se hallarían y garantizar las restituciones mutuas; resaltando que desde providencia SU062 de 2010 se ha expuesto el deber de la equivalencia entre los ahorrado entre ambos regímenes dadas sus diferencias esenciales.

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

- Que la H. Corte Constitucional ha trazado una clara línea jurisprudencial en las sentencias SU-062/2010, C-1024/2004 y SU-130/2013 en los eventos en los cuales le es permitido a los afiliados trasladarse de regímenes en cualquier tiempo, sin estar sujetos a la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003, estableciéndose que los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para trabajadores del sector privado o 30 de junio de 1995 para el caso de servidores públicos departamentales, municipales y distritales, pueden trasladarse en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, lo que no está acreditado en este caso.

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

- Que en el remoto e improbable evento de acceder a las suplicas de la demanda, se debe considerar que de conformidad con la sentencia SU-062/2010 y el Decreto 3995/2008 es requisito *sine qua non* para que se produzca el traslado de regímenes que exista equivalencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media y de existir diferencia debe ser asumida por el afiliado, en consonancia con el art. 1746 del CC que contiene los efectos de la declaración de nulidad.

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

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la Sentencia del 28 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“Primero: Se dispone la nulidad e ineficacia del traslado que hizo el demandante a PORVENIR.

Segundo: Se condena a PORVENIR S.A., a devolver al sistema todos los valores recibidos del demandante, como bonos pensionales y todos los movimientos incurridos al Régimen de Prima Media con sus rendimientos que hubieren causado.

Tercero: Ordenar a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante LUIS GONZAGA PARRA del régimen de ahorro individual al régimen de prima media.

Cuarto: Condenar a los demandados a asumir a su cargo todos los deterioros sufridos por los daños sufridos, esto es las mermas y gastos incurridos.

Quinto: No prosperan las excepciones propuestas por las demandadas.

Sexto: Costas a cargo de la parte demandada y vencida en juicio, en esta instancia.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el debate jurídico se centra en determinar si es procedente declarar la existencia de un vicio en el consentimiento informado durante el traslado que el demandante realizó del RPMPD al RAIS, para que se declare su ineficacia por falta de información suficiente y así ordene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los valores recibidos (cotizaciones, bonos pensionales, descuentos, cuotas de administración, frutos e intereses) y que estos sean recibidos con la afiliación al

régimen de prima media; a lo que se oponen las demandadas en el término legal, alegando el derecho a la libre escogencia y que no existió vicio alguno del consentimiento, resaltando el concepto del Ministerio Público sobre que desde el surgimiento de los regímenes existía el deber de adecuada y suficiente información acorde al artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

- Manifestó que las pruebas documentales permiten verificar que el actor estuvo afiliado al régimen de prima media de febrero a diciembre de 1994 en el I.S.S., trasladándose a PORVENIR desde enero de 1995 y ha venido cotizando desde entonces a su cuenta de ahorro individual, con 47 semanas en el primero y luego 1326 en el segundo, por total de 1373; alegando PORVENIR que para esa época el único requisito era el formulario, lo que ha sido ampliamente controvertido en una larga línea jurisprudencial sobre el asunto materia de estudio, recayendo la carga probatoria en el fondo privado y que además de ello se ordene que a cargo del patrimonio de PORVENIR se responda por las mermas que tuvo ese capital pensional por gastos de administración y de seguros previsionales.

- Que la única prueba que existe al expediente que indica el cambio de régimen al RAIS es el formulario y las peticiones cruzadas entre entidades, alegando el actor en su interrogatorio que no recibió suficiente información y que de mantenerse en el RAIS se pensionaría con un salario mínimo, brillando así al plenario la falta de pruebas sobre la información que debía ser suministrada al momento de decidir el traslado.

- Expresó que para el caso en estudio, con vista en las pruebas allegadas por los interesados, no se probó que la actora hubiere recibido la información que le facilitara una escogencia de fondo pensional y que verdaderamente con dicho traslado hubiere adquirido más beneficios a su haber, pues solo existe el formulario de afiliación, por lo que el despacho acoge los lineamientos jurisprudenciales tenidos en cuenta por el superior, así como sus motivaciones de la sentencia citada, y al no existir prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz completa y cierta al afiliado al momento del traslado por parte del fondo privado se dispone la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS que el demandante realizó del RPMPD, por lo que se condena a PORVENIR a devolver al sistema pensional todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, así como todos los descuentos realizados por gastos de administración, fondo de solidaridad y los demás conforme los dispone el literal b artículo 60 y 20 de la Ley 100 de 1.993, y el deterioro sufrido por el bien administrado en caso de que se hubiere causado. A COLPENSIONES le ordena que una vez PORVENIR de cumplimiento a lo ordenado proceda a aceptar el traslado del demandante.

- Señalo en cuanto a la excepción de prescripción alegada por COLPENSIONES, que está establecido jurisprudencialmente que este traslado se puede realizar en cualquier tiempo, por lo que no hay lugar al estudio de la misma.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada PORVENIR:

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

- Que la sentencia se debe revocar porque resulta en contravía del artículo 964 del Código Civil y de la Ley 100 de 1993, pues como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir y se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones ya que son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos.

- Que, si bien es cierto, con la declaratoria de ineficacia de los actos jurídicos se busca retrotraer los efectos del mismo como si nunca hubieren existido, tal propósito tiene excepciones como son las situaciones jurídicas consolidadas y los hechos consumados, y para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que los mismo sucede con el seguro previsional debido a que las aseguradoras ya prestaron

sus servicios, lo que no se puede retrotraer, máxime cuando son terceros ajenos al proceso.

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

3.2 De la parte demandada COLPENSIONES:

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

- Que no es posible aceptar el traslado del demandante teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modifica el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, esto por cuanto el actor nació el 4 de julio de 1964 y a la fecha de admitida la demanda ya contaba con 57 años de edad.

- Que no resulta procedente la declaratoria de ineficacia y nulidad de traslado porque el realizado por el demandante del RPMPD al RAIS goza de plena validez, ya que el mismo lo hizo ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, establecido en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y según el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009 que modificó los literales c y d del artículo 60 de la norma previamente citada.

- Que esa entidad no intervino al momento de dar información al demandante, quien de manera libre y voluntaria decidió que el fondo le favorecía para obtener el derecho a la pensión.

- Mencionó la sentencia C-1024 de 2004 de la Corte Constitucional e hizo referencia a la descapitalización del fondo común del RPMPD y la equidad en el reconocimiento de las pensiones del RAIS, respecto a que las personas que han contribuido a obtener una alta rentabilidad puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. Así mismo, reiteró la excepción de prescripción.

- Señaló no estar de acuerdo con las costas porque la entidad que representa a actuado siempre con la creencia de haber cumplido realmente con su deber, con la conciencia plena de no engañar ni perjudicar y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones sin incurrir en abusos o maniobras engañosas.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

5. ALEGATOS

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

- **PORVENIR S.A.:** El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se

brindó, pero de forma verbal, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues la demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

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

• **COLPENSIONES:** La apoderada de COLPENSIONES expuso que en este caso la entidad no está llamada a aceptar el traslado del demandante LUIS GONZAGA PARRA, en virtud a lo contemplado en el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por tener menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que en todo caso, el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen. Que en dicho acto de traslado, COLPENSIONES no tuvo ninguna intervención, y la actora ha permanecido afiliada al régimen privado desde hace más de 25 años, aceptando su conformidad con ello. Advierte que es su deber evitar la descapitalización del fondo común y que se beneficien de este, personas que no han ayudado a contribuir al mismo, considerando que el traslado de fondos aun indexados igualmente genera una afectación al sistema. Solicita que se evalúe la excepción de prescripción y las costas.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado del señor LUIS GONZAGA PARRA del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

8. CONSIDERACIONES:

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si el traslado del señor LUIS GONZAGA PARRA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó en el año 1.995, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y el orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES, pues esto implicaría que el demandante se encuentra actualmente afiliado al RPMPD.

Al respecto el juez a quo concluyó, que era procedente declarar la ineficacia del traslado dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el mismo, respecto del cual era necesario demostrar que al demandante se le entregó información veraz, clara y completa sobre los beneficios y desventajas de cada uno de los regímenes, que le facilitara una escogencia de fondo pensional, lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la AFP y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones.

A esta conclusión se opuso Colpensiones manifestando que se debió resolver en contra del demandante porque el traslado que realizó al RAIS es válido, además que con la decisión se genera una descapitalización del RPMPD y un desequilibrio financiero para el régimen que administra. Por su parte PORVENIR S.A. alegó que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional.

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

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

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

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

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

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

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

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

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

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

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii)

las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PPORVENIR S.A.; pues argumenta el demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

El demandante manifestó que se afilió al ISS en febrero de 1994. Que en diciembre de 1994 suscribió los documentos para realizar el traslado a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR), después de que un amigo que era asesor de esa entidad le propuso trasladarse de régimen sin suministrarle la ilustración suficiente y las explicaciones necesarias para la toma de esa importante decisión. También informó que adelantó reclamación administrativa ante las demandadas solicitando la nulidad de afiliación al RAIS y obtuvo respuesta negativa.

Del expediente se puede evidenciar que el actor se encontraba afiliado al RPMPD desde febrero a diciembre de 1994, donde cotizó 47.2 semanas según historia laboral de PORVENIR y que desde enero de 1995 se materializó su traslado al RAIS con afiliación a la AFP PORVENIR, donde diciembre de 2020 había cotizado 1317.4 semanas adicionales, según historia laboral de esa entidad.

Se resalta que aparte del formulario de afiliación a HOIZONTE S.A. de fecha 13 de diciembre de 1994, no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento del traslado de régimen pensional, siendo necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor LUIS GONZAGA PARRA no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PORVENIR S.A. brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para diciembre de 1.994 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas

observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PORVENIR S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó prueba alguna que lo confirmara, ya que con las aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a LUIS GONZAGA PARRA donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados, a que para la fecha del ultimo traslado al RAIS ya estaba en vigencia la Ley 1328 de 2009, así como el Decreto 2241 de 2010, y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

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

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

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

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

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

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

por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A., deberá devolver completamente todas las prestaciones que recibieron del afiliado, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de la Administradora y no de la aseguradora, para quien la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la demandada PORVENIR S.A., incumplió su deber de información, hecho que genera consecuencias y efectos jurídicos, que han

sido objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral en su Sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, que señaló:

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

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

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

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

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

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

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien, al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la actora desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1.995 en esa entidad.

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

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además que PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 28 de junio de 2022; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha del 28 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

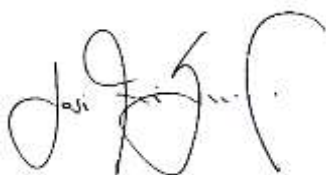
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

(En permiso)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 1 de diciembre de 2022.



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-3105-001-2020-00055-01
RADICADO INTERNO:	20.020
DEMANDANTE:	JOSÉ REINALDO CANCHICA CARRILLO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 24 de agosto de 2022 que fue proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

El señor JOSÉ REINALDO CANCHICA CARRILLO por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PORVENIR S.A, solicitando que declare la nulidad e ineficacia del traslado y afiliación del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, disponiendo su retorno a COLPENSIONES con el traslado de todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones principales relata:

- Que el señor JOSÉ REINALDO CANCHICA CARRILLO RAMÍREZ nació el 16 de enero de 1954 y cuenta con 1777 semanas cotizadas, iniciando su afiliación en septiembre de 1984 al régimen de prima media con prestación definida, contando con 377 semanas aportadas y 39 años de edad cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

- Que en 1995, como consecuencia de las campañas masivas de afiliación iniciadas por las Administradoras privadas de pensiones, mientras trabajaba en la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ y por solicitud de su empleador, en septiembre se afilió a PORVENIR S.A., llegando un asesor con el formulario para que lo suscribiera sin ningún tipo de asesoría profesional en la materia

- Que no recibió información suficiente sobre la forma en que se calculaba la pensión en el régimen de ahorro individual, cumpliendo 51 años en 2005 y ese año era el último para materializar un retorno al régimen de prima media, sin que la AFP le realizara ninguna advertencia sobre la aplicación de la restricción.

- Que ha solicitado a las administradoras POVENIR y COLPENSIONES su traslado al régimen de prima media, pero se le ha resuelto desfavorablemente.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que acepta los hechos de la edad, afiliación al I.S.S. y no le constan los demás por cuanto deben ser demostrados por el interesado, siendo ajenos los hechos alegados; se opone a las pretensiones pues el demandante se trasladó de manera voluntaria, libre y espontánea del RPM al RAIS, lo cual tiene plena validez y cualquier vicio debe demostrarse en el proceso, pues la declaración de voluntad proviene de una persona legalmente capaz y debe demostrar el vicio alegado.

- Acepta los hechos referentes a su actuación, negando haber tenido injerencia alguna en la decisión de traslado de la actora y por lo tanto deben ser probados por la parte interesada; alegando que la entidad actúa dentro de su ámbito de competencias legales, el actor ejerció su derecho a la libre elección del régimen y los usuarios están facultados para trasladarse entre regímenes cada cinco años antes de que les faltaren 10 para la edad de pensión, por lo que la actora no puede retornar legalmente y en caso de hacerlo se le estaría afectando como tercero por acciones inoponibles.

- Propuso las excepciones de mérito: buena fe, inexistencia de la obligación demandada, prescripción, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado e innominada..

La demandada AFP PORVENIR no contestó oportunamente a la demanda.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la Sentencia del 24 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD E INEFICACIA EL TRASLADO DEL REGIMEN DE AHOROR INDIVIDUAL QUE EL DEMANDANTE JOSE REINALDO CANCHICA C., 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 AUTOMATIVO 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 JOSE REINALDO CANCHICA C., CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN EN LA SENTENCIA.

CUARTO: SE CONDENAN 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 LA PARTE DEMANDADA Y VENCIDA EN JUICIO, EN ESTA INSTANCIA.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el debate jurídico se centra en determinar si es procedente declarar la existencia de un vicio en el consentimiento informado durante el traslado que el demandante realizó del RPMPD al RAIS, para que se declare su ineficacia por falta de información suficiente y así ordene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los valores recibidos (cotizaciones, bonos pensionales, descuentos, cuotas de administración, frutos e intereses) y que estos sean recibidos con la afiliación al régimen de prima media; a lo que se oponen las demandadas en el término legal, alegando el derecho a la libre escogencia y que no existió vicio alguno del consentimiento, el cual debe probarse porque el demandante no puede desconocer sus actos propios.

- Manifestó que las pruebas documentales permiten verificar que el actor comenzó su ahorro pensional en el año 1985 y a través del formulario 5952 del 26 de agosto de 1995 perfeccionado desde septiembre de ese año que se perfeccionó el traslado al régimen de ahorro individual en PORVENIR, donde ha venido efectuando sus cotizaciones a la fecha y a agosto de 2020 acumulaba 532 semanas a validar por bono pensional y otras 1352 cotizadas directamente a la AFP para un total de 1885 semanas; igualmente en el interrogatorio de parte, el actor indicó que la gerencia del Hospital dio la orden de afiliarse al régimen privado y fue un asesor con el formulario, sin suministrar ninguna asesoría, que el tema era una novedad en esa época.

- Que la demandada PORVENIR alega que para esa época el único requisito era el formulario, lo que ha sido ampliamente controvertido en una larga línea jurisprudencial sobre el asunto materia de estudio, recayendo la carga probatoria en el fondo privado pues desde la vigencia de la Ley 100 de 1993 estaba obligado a entregar la información suficiente, para contrastar las ventajas de ambos régimen para el trabajador y la ausencia de prueba de este acto genera la invalidez e ineficacia del acto de traslado, conforme el artículo 271 de la Ley 100.

- Expresó que para el caso en estudio, con vista en las pruebas allegadas por los interesados, no se probó que la actora hubiere recibido la información que le facilitara una escogencia de fondo pensional y que verdaderamente con dicho traslado hubiere adquirido más beneficios a su haber, pues solo existe el formulario de afiliación, por lo que el despacho acoge los lineamientos jurisprudenciales tenidos en cuenta por el superior, así como sus motivaciones de la sentencia citada, y al no existir prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz completa y cierta al afiliado al momento del traslado por parte del fondo privado se dispone la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS que el demandante realizó del RPMPD, por lo que se condena a PORVENIR a devolver al sistema pensional todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, así como todos los descuentos realizados por gastos de administración, fondo de solidaridad y los demás conforme los dispone el literal b artículo 60 y 20 de la Ley 100 de 1.993, y el deterioro sufrido por el bien administrado en caso de que se hubiere causado, conforme la sentencia SL5686-2021. A COLPENSIONES le ordena que una vez PORVENIR de cumplimiento a lo ordenado proceda a aceptar el traslado y reactivar como afiliado al demandante, actualizando su historia laboral recibiendo todos los dineros.

- Señalo en cuanto a la excepción de prescripción alegada por COLPENSIONES, que está establecido jurisprudencialmente que este traslado se puede realizar en cualquier tiempo, por lo que no hay lugar al estudio de la misma.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada PORVENIR:

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

- Que la sentencia se debe revocar porque resulta en contravía del artículo 964 del Código Civil y de la Ley 100 de 1993, pues como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir y se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones ya que son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos.

- Que, si bien es cierto, con la declaratoria de ineficacia de los actos jurídicos se busca retrotraer los efectos del mismo como si nunca hubieren existido, tal propósito tiene excepciones como son las situaciones jurídicas consolidadas y los hechos consumados, y para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que los mismo sucede con el seguro previsional debido a que las aseguradoras ya prestaron sus servicios, lo que no se puede retrotraer, máxime cuando son terceros ajenos al proceso.

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

3.2 De la parte demandada COLPENSIONES:

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

- Que no resulta procedente la declaratoria de ineficacia y nulidad de traslado porque el realizado por el demandante del RPMPD al RAIS goza de plena validez, ya que el mismo lo hizo ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, establecido en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993 y según el artículo 48 de la ley 1328 de 2009 que modificó los literales c y d del artículo 60 de la norma previamente citada.

- Que esa entidad no intervino al momento de dar información al demandante, quien de manera libre y voluntaria decidió que fondo le favorecía para obtener el derecho a la pensión.

- Que no es posible aceptar el traslado del demandante teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modifica el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues el actor nació el 16 de enero de 1954 y a la fecha de admitida la demanda contaba con la edad requerida para pensionarse, 67 años.

- Mencionó la sentencia C-1024 de 2004 de la Corte Constitucional e hizo referencia a la descapitalización del fondo común del RPMPD y la equidad en el reconocimiento de las pensiones del RAIS, respecto a que las personas que han contribuido a obtener una alta rentabilidad puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. Así mismo, reiteró la excepción de prescripción.

- Señaló no estar de acuerdo con las costas porque la entidad que representa a actuado siempre con la creencia de haber cumplido realmente con su deber, con la conciencia plena de no engañar ni perjudicar y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones sin incurrir en abusos o maniobras engañosas.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

5. ALEGATOS

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

• **DEMANDANTE:** El apoderado de la parte actora solicita que se confirme la decisión de primera instancia pues corresponde a los principios constitucionales del derecho laboral y de seguridad social como la favorabilidad; da cumplimiento a los precedentes judiciales en la materia y la doctrina legal probable fijada en reiteradas sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Señala que la carga de la prueba del deber de información está en cabeza de los demandados y estos no lograron demostrar haber manifestado debidamente la explicación previa al traslado de régimen del actor.

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

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

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

• **COLPENSIONES:** La apoderada de COLPENSIONES expuso que en este caso la entidad no está llamada a aceptar el traslado del demandante LUIS GONZAGA PARRA, en virtud a lo contemplado en el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por tener la edad de pensión; que en todo caso, el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen. Que en dicho acto de traslado, COLPENSIONES no tuvo ninguna intervención, y la actora ha permanecido afiliada al régimen privado desde hace más de 25 años, aceptando su conformidad con ello. Advierte que es su deber evitar la descapitalización del fondo común y que se beneficien de este, personas que no han

ayudado a contribuir al mismo, considerando que el traslado de fondos aun indexados igualmente genera una afectación al sistema. Solicita que se evalúe la excepción de prescripción y las costas.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado del señor JOSÉ REINALDO CANCHICA CARRILLO del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A., y de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

8. CONSIDERACIONES:

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si el traslado del señor JOSÉ REINALDO CANCHICA CARRILLO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó en septiembre del año 1.995, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y el orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES, pues esto implicaría que el demandante se encuentra actualmente afiliado al RPMPD.

Al respecto el juez a quo concluyó, que era procedente declarar la ineficacia del traslado dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el mismo, respecto del cual era necesario demostrar que al demandante se le entregó información veraz, clara y completa sobre los beneficios y desventajas de cada uno de los regímenes, que le facilitara una escogencia de fondo pensional, lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la AFP y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones.

A esta conclusión se opuso Colpensiones manifestando que se debió resolver en contra del demandante porque el traslado que realizó al RAIS es válido, además que con la decisión se genera una descapitalización del RPMPD y un desequilibrio financiero para el régimen que administra. Por su parte PORVENIR S.A. alegó que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional.

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

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

En otras palabras, es posible predicar la ineficacia de la vinculación al RAIS por un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa

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

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

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

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

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

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

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**”* dado que *“el*

acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.

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

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PPORVENIR S.A.; pues argumenta el demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

El demandante manifestó que se afilió al ISS en septiembre de 1984. Que en agosto de 1995 suscribió los documentos para realizar el traslado a la AFP PORVENIR, después de que el gerente de la E.S.E. donde trabajaba les solicitó trasladarse de régimen y acudió un asesor con los formularios para firmar, sin suministrarle la ilustración suficiente y las explicaciones necesarias para la toma de esa importante decisión. También informó que adelantó reclamación administrativa ante las demandadas solicitando la nulidad de afiliación al RAIS y obtuvo respuesta negativa.

Del expediente se puede evidenciar que el actor se encontraba afiliado al RPMPD desde septiembre de 1984 a agosto de 1995, donde cotizó 532 semanas según historia laboral de PORVENIR y que desde septiembre de 1995 se materializó su traslado al RAIS con afiliación a la AFP PORVENIR, donde a agosto de 2020 había cotizado 1352.2 semanas adicionales, según historia laboral de esa entidad.

Se resalta que aparte del formulario de afiliación a PORVENIR S.A. de fecha 22 de agosto de 1995, no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento del traslado de régimen pensional, siendo necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor JOSÉ REINALDO CANCHICA CARRILLO no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de una ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PORVENIR S.A. brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para agosto a septiembre de 1995 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PORVENIR S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó prueba alguna que lo confirmara, ya que con las aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a JOSÉ REINALDO CANCHICA CARRILLO donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados, a que para la fecha del ultimo traslado al RAIS ya estaba en vigencia la Ley 1328 de 2009, así como el Decreto 2241 de 2010, y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

Por otra parte, sobre la prescripción alegada por las demandadas, se advierte que al tratarse el presente asunto de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse

en cualquier momento en aras de obtener su integro reconocimiento. Por lo tanto, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en los fondos privados por cambio de régimen pensional no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales del afiliado.

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

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

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

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

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

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

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las

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

Al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A., deberá devolver completamente todas las prestaciones que recibieron del afiliado, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones.

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

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

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

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

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

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

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

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien, al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la actora desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1.995 en esa entidad.

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

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además que PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 24 de agosto de 2022; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha del 24 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belen Quintero G .

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA

José Andrés Serrano Mendoza

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

(En permiso)

ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 1 de diciembre de 2022

Elver Naranjo

Secretario



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

Cúcuta, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	PROCESO ORDINARIO
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2017-00129-01 -P.T. 19.896
DEMANDANTE:	PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PAR TELECOM.
DEMANDADO:	OMAIRA INFANTE SUÁREZ

MAGISTRADA SUSTANCIADORA:
DR. NIDIAM BÉLEN QUINTERO GELVES

En término oportuno dentro del proceso ordinario seguido por PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PAR TELECOM contra OMAIRA INFANTE SUÁREZ, el apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida por esta Sala en el proceso de la referencia.

La Ley Procesal Laboral establece que la cuantía para la viabilidad del recurso de casación, debe ser superior a los ciento veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes, que para el año 2022 equivalía a \$1.000.000 y por ende el interés para casación asciende a \$ 120.000.000.

A su vez la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el valor del interés para recurrir en casación de la parte demandante, no será otro que el valor de las peticiones impetradas en el escrito inaugural del proceso y que le fueron denegadas, y respecto de la demandada, será el monto de las condenas a ella impuestas en la sentencia objeto de recurso.

En este caso, la condena impuesta a la demandada y cuya sentencia fue confirmada por la Sala, correspondió en reconocer y pagar en favor del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM, la suma de \$188.895.193 por concepto de devolución de dineros cancelados en virtud de la sentencia SU-377 del año 2014, los cuales deberán ser indexados desde el día 1 de junio del año 2010 a la fecha en que se profiere la presente providencia, como también al reconocimiento y pago de los intereses legales

del 6% anual sobre la suma que surja anterior, desde el día siguiente a esta providencia hasta cuando se efectúe el pago pretendido principalmente por la actora; pretensión que supera el monto de los ciento veinte salarios mínimos que exige la ley procesal laboral para la viabilidad del recurso extraordinario de casación; por lo anterior la Sala concederá el recurso extraordinario de casación, a la parte recurrente.

Por lo expuesto la Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONCEDER ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el recurso extraordinario de Casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada **OMAIRA INFANTE SUÁREZ** contra la sentencia dictada el día dos (2) de noviembre de dos mil veintidós (2022), dentro del proceso de la referencia.

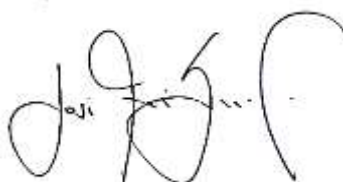
SEGUNDO: Ejecutoriado el presente auto, remítase el expediente a la mencionada Superioridad, dejándose las debidas constancias de su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA

EN PERMISO
ELVER NARANJO
MAGISTRADO



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136 fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de diciembre de 2022



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2017-00374-00
RADICADO INTERNO:	20.057
DEMANDANTE:	JESUS ENRIQUE RAMÍREZ PICÓN
DEMANDADO:	INMOBILIARIOS CONDOMINIOS APH S.A.S.

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer del recurso de apelación propuesto por la parte demandante sobre la Sentencia del 2 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor JESÚS ENRIQUE RAMÍREZ PICÓN, interpuso demanda ordinaria laboral contra la empresa INMOBILIARIOS CONDOMINOS APH S.A.S., para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre el 13 de junio de 2013 al 12 de diciembre de 2014, que no se solicitó autorización previa al Ministerio del Trabajo para terminar el contrato pese a ser una persona discapacitada y por ende debe condenarse al reintegro en un cargo de igual o superior jerarquía, sin solución de continuidad, así como por no notificar los aportes a la seguridad de los últimos 3 meses en los 60 días siguientes a la terminación. Solicita condena por la sanción de 180 días de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a realizar la rehabilitación, readaptación y capacitación del actor sobre sus secuelas definitivas, al pago de aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales.

Solicita que se reconozcan perjuicios materiales de daño emergente por el pago de honorarios de abogado, lucro cesante por la terminación del contrato en \$20.000.000 y otros \$20.000.000 por no pago de aportes a seguridad social, perjuicios morales por 50 salarios mínimos a su favor, de su cónyuge, y por daño a la vida de relación. De manera subsidiaria, solicita indemnización por despido injusto, reintegro por falta de notificación del pago de aportes o sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, expuso:

• Que el 13 de junio de 2013, JESÚS ENRIQUE RAMÍREZ PICÓN realizó un contrato de trabajo a término definido con INMOBILIARIOS CONDOMINOS APH S.A.S., como empleado de servicios generales,

cumpliendo horario de 7 a.m. a 12 p.m. y de 2 a 6 p.m., recibiendo una dotación de jean y dos camisas manga corta el 8 de julio de 2013.

- Que el 25 de octubre de 2013, el actor salió de su lugar de trabajo en su motocicleta a las 6 p.m., dirigiéndose a su vivienda ubicada en Portal de los Alcázares y antes de llegar, fue investido por un vehículo fantasma, por el cual fue diagnosticado en urgencias con TRASTORNOS DEL DIAFRAGMA, exponiendo en su historial laboral el histórico de asistencias y atenciones que recibió entre febrero de 2014 a marzo de 2016, por el postoperatorio que atravesó para su recuperación indicando que tenía dificultad para respirar y fue atendido por cirugía de Tórax, entregándosele incapacidad de 5 días al 30 de octubre de 2013 y luego de 3 días al 2 de noviembre de 2013.

- Que el 2 de noviembre se presentó a su lugar de trabajo, pero por fuerte dolor el 8 de noviembre fue vuelto a incapacitar y el 12 de noviembre retornó al trabajo; pero el 13 de noviembre se le entregó la carta de terminación de contrato, informándole que vencía el 13 de diciembre y no sería renovado; luego de eso recibió otras incapacidades y el 13 de enero de 2014 le fue practicada cirugía de tórax, que le tuvo incapacitado con diferentes prórrogas hasta el 2 de abril de 2014, por lo que retornó a laborar el 3 de abril de 2014.

- Que el 28 de abril de 2014 presentó dolor en el tórax y al ser atendido, se le expidió nueva incapacidad de 25 días que se prorrogó desde esa fecha, luego por una infección pulmonar se mantuvo incapacitado de manera consecutiva hasta el 17 de enero de 2015; pese a ello, el 30 de octubre de 2014 se le entregó carta de aviso de que el contrato no sería prorrogado o renovado después del 12 de diciembre de 2014 y así finalizó, asumiendo el pago de incapacidades hasta el 30 de diciembre.

- Que la empresa finalizó el contrato por la enfermedad del trabajador, evadiendo sus responsabilidades legales y constitucionales, actuando de mala fe y sin justa causa.

La demandada al contestar la demanda través de apoderada judicial manifestó oponerse a las pretensiones por no asistirle el derecho reclamado, indicando que el accidente del actor no tuvo origen laboral y debe presumirse que fue un accidente de tránsito común, por el cual tuvo una serie de incapacidades que fueron hasta el 22 de septiembre de 2014, cuando se dejó de presentar a laborar y generó un abandono del cargo, pese a que la empresa sí cumplió con el pago de todas las acreencias a su cargo y el contrato finalizó por expiración del plazo fijo pactado; sobre los hechos, acepta la existencia de la relación laboral y la existencia de incapacidades, señalando que desconoce las últimas enunciadas. Propone como excepciones FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES, INEXISTENCIA DE PERJUICIOS y COBRO DE LO NO DEBIDO.

El apoderado de la parte actora presentó reforma de la demanda, adicionando como hechos que la empresa no tiene sistema de gestión de seguridad y salud en trabajo ni subsistema de medicina preventiva, por lo que no fue capacitado en estos aspectos para que conociera los riesgos y actos de prevención relacionados con su estado de salud, ni reubicó al trabajador o requirió al mismo antes de la terminación para conocer de su estado de salud.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 2 de marzo de 2021, proferida por el

Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“Primero: Declarar que entre el señor Jesús Enrique Ramírez Picon como trabajador y la entidad demandada Inmobiliarios Condóminos APH SAS como empleador existió un contrato de trabajo a término fijo desde el día 13 de junio 2013 hasta el día 12 de Diciembre 2014.

Segundo: Declarar como probada las excepciones de mérito solicitadas por la entidad demanda que denomino inexistencia de la obligación, falta de causa para demandar y cobro de lo no debido. En consecuencia absolver a esta entidad de todas las pretensiones incoadas en la demanda por parte del señor Jesús Enrique Ramírez Picon.

Tercero: Remitir el expediente para que surta el grado jurisdiccional de Consulta ante la Honorable Sala Laboral del Distrito Judicial de Cúcuta.

Cuarto: Condenar en costas a la parte Demandante, fijar como agencia en derecho en favor de la parte demandada la suma de trescientos mil pesos (\$300.000,00)-.”

2.2 Fundamento de la decisión

El juez *a quo*, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- Señala que es un hecho cierto y demostrado la existencia del contrato de trabajo a término fijo, el cargo y salario del actor, su accidente y la existencia del tratamiento médico con incapacidades, así como la terminación alegando expiración del plazo fijo pactado; existiendo controversia sobre la existencia de amparo de estabilidad laboral reforzada por disminución física y no se reprochan deudas provenientes de la relación laboral.

- Que el problema jurídico principal consiste en establecer si la terminación del contrato de trabajo comunicada al señor JESÚS ENRIQUE RAMÍREZ PICÓN por parte de INMOBILIARIOS CONDÓMINOS APH SAS es ineficaz, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 y por no haber comunicado el pago de los aportes en los días siguientes a la terminación conforme al artículo 65 del C.S.T., y en caso positivo si tiene derecho al reintegro junto al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir; a lo que se opone el empleador alegando la inexistencia del amparo y que en todo caso la terminación por expiración del plazo fijo. De manera subsidiaria si hay lugar a indemnización por despido injusto y sanción moratoria.

- En primera medida, sobre la ineficacia del despido por no demostrar el pago de la seguridad social tras la terminación del contrato, el parágrafo del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 se estableció que el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, y en caso de no demostrarlo la terminación no producirá efecto; al respecto la providencia SL1139 de 2018, la Sala de Casación Laboral recordó que esta sanción opera ante cualquier terminación y busca garantizar el pago de la seguridad, sin perjuicio de que no lo hubiera comunicado, siendo su consecuencia aplicar la sanción moratoria y no un reintegro. Para este caso, existe plena prueba del pago de los aportes a seguridad social completos, acorde a las planillas PILA vistas al plenario, no siendo dable imponer la sanción moratoria.

- Que acorde a la ineficacia de despido consagrado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, esta norma señala que todo trabajador en discapacidad no puede ser despedido en función a su disminución física a menos que exista autorización de la Oficina del Trabajo, so pena de la ineficacia de dicho despido y el pago de una indemnización; aclarando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que los destinatarios de esta garantía especial son los trabajadores en un grado de discapacidad moderado, severo o profundo, esto es quienes han sido calificados en un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 15% y para acceder a las pretensiones, debe además demostrarse el conocimiento del empleador sobre el estado de salud y que se materializó un despido en razón a la limitación física sin autorización.

- Que la jurisprudencia también ha señalado respecto del primer requisito, la calificación al menos del 15% de PCL, que 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, pues existe libertad probatoria sobre la condición de discapacidad y el dictamen no es una prueba solemne.

- Que acorde al acervo probatorio, el actor aportó de manera parcial su epicrisis desde febrero de 2014, la expedición de diferentes incapacidades consecutivas y de donde se desprende como diagnóstico una fractura de diafragma agravado por una bacteria posterior, por el que fue atendido hasta febrero de 2015 tras una cirugía para corregir hernia derivada del trauma por accidente de tránsito de origen común y pese a estos padecimientos, no se deriva una condición de discapacitado al nivel que exige la protección normativa dado que pese al conocimiento del empleador sobre la situación de salud no equivale a conocer el estado de discapacidad o que este alcance el rango de protección de discapacidad siquiera moderada.

- Resalta que a partir de la historia clínica, se tiene que el actor comienza a presentar una mejoría en su estado de salud desde octubre de 2014 en su trauma y aunque luego se le diagnostica una infección, para finales de 2014 ya está reiterando mejorías con evolución física pese a que se le expidiera una incapacidad. Por ende para descartar dudas se ordenó un dictamen pericial, por el cual se valoró desde la Junta Regional de Calificación de Invalidez alcanzando una pérdida de capacidad laboral del 10% estructurada el 10 de mayo de 2019.

- Que la calificación permite descartar que el actor sea beneficiario de la estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; por no evidenciar una discapacidad siquiera moderada conocida por el empleador; no acreditándose así las condiciones para acceder al reintegro y señalando que el empleador alegó no tener conocimiento de las incapacidades posteriores a septiembre de 2014, sin que se demostrara por el actor lo contrario o que radicara conforme al Decreto 019 de 2012 las incapacidades al empleador, ni documental ni testimonialmente.

- En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, de que trata el artículo 64 del C.S.T., se demostró que el contrato a término celebrado fue a término fijo y comunicó oportunamente el preaviso para apelar a la expiración del plazo fijo pactado.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, fundado en los siguientes argumentos:

- Señala que debe revocarse la decisión por cuanto debió analizarse íntegramente el aspecto probatorio que permitía evidenciar la condición de salud del trabajador, que era de gravedad y el empleador lo conocía perfectamente; que existe un concepto favorable de rehabilitación que permite inferir que continuaba su situación de salud para el momento del despido y que el empleador solicitó pago de incapacidades en noviembre de 2014, a través de su representante legal.

- Reclama que el dictamen analizado no puede tener valor probatorio, dado que estableció una fecha de estructuración reciente y no permite establecer el estado de salud del trabajador para la fecha de la terminación, pues fue solicitada para buscar la condición del actor para ese período y no el posterior; de manera que debe analizarse adecuadamente el acervo probatorio de la historia clínica, para descartar las conclusiones del dictamen. Advirtiendo que está confesado que el empleador tenía conocimiento del estado de salud y ha estado variando su versión sobre el modo de terminación, pues alegó desde una reestructuración a un abandono del cargo o renuncia y no solamente por la expiración del plazo, sin que existiera una causal objetiva o se demostrara que realmente fue esta.

- Sobre el reintegro por falta de comunicación de los aportes en seguridad social, advierte que los aportes de junio a agosto de 2013 no aparecen efectuados y hubo un actuar de mala fe por parte del empleador para no haber cumplido sus obligaciones laborales desde que tuvo conocimiento de la situación de salud del trabajador. De esta manera, se afecta la sostenibilidad del sistema y la consecuencia, no sería el reintegro sino la sanción moratoria al evidenciar mala fe en el impago de estos aportes, afirmando que existen pagos que realmente no hubo.

4. ALEGATOS

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

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

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

Determinar ¿Si el demandante JESÚS ENRIQUE RAMÍREZ PICÓN tiene derecho a ser reintegrado a su trabajo por la demandada INMOBILIARIOS CONDOMINOS APH S.A.S., al pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social dejados de percibir hasta que este se produzca, así como, a la indemnización señalada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, indemnización por despido injusto y la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. por no pago de los aportes a seguridad social?

7. CONSIDERACIONES

En este caso, el problema jurídico se enfoca en determinar si el demandante JESÚS ENRIQUE RAMÍREZ PICÓN, tiene derecho a que la demandada INMOBILIARIOS CONDOMINOS APH S.A.S., lo reintegre sin solución de continuidad, le cancele las prestaciones laborales dejadas de percibir desde

su desvinculación laboral y la indemnización consagrada en el inciso 2° del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por haber sido despedido sin autorización del Ministerio del Trabajo pese a su condición de discapacidad; pretensiones que fueron negadas en primera instancia por el juez *a quo*, al identificar que pese a evidenciar una situación de salud continua por un accidente de tránsito e incapacidades continuas, no fue posible demostrar que alcanzara un nivel de discapacidad siquiera moderada y que esta fuera conocida por el empleador.

Contra lo cual se propuso recurso de apelación por la parte demandante, quien reitera la viabilidad de la pretensión de reintegro por desconocimiento de su discapacidad física, reclamando que se valore adecuadamente el historial clínico y se descarten las conclusiones del dictamen por no ajustarse a lo solicitado en la prueba; así mismo, reclama condena por indemnización por despido injusto y sanción moratoria por el impago de los aportes de seguridad social de junio a agosto de 2013, existiendo mala fe en la actuación del empleador.

Sobre este punto, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

- Que existió una relación laboral entre las partes que suscribieron un contrato de trabajo a término fijo el 13 de junio de 2013 por 6 meses, hasta el 13 de diciembre de 2013 y que se prorrogó en dos oportunidades, notificando el preaviso de no renovación el 10 de octubre de 2014 para no extender el vínculo tras el 12 de diciembre de ese año.
- Que el señor RAMÍREZ PICÓN sufrió un accidente de tránsito en su motocicleta el 25 de octubre de 2013, por el cual fue diagnosticado con contusión y traumatismo de tórax, que derivó en un tratamiento continuo e ininterrumpido (incluyendo expedición de incapacidades), durante el año 2014.
- Que el actor pese a las incapacidades continuas, no demostró haber adelantado trámite de calificación de su capacidad laboral y por ello, se ordenó una prueba pericial en el trámite del proceso, emitiendo la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER el dictamen No. 1310 del 11 de noviembre de 2020, identificando los diagnósticos “enfermedad tóxica del hígado, con cirrosis y fibrosis del hígado” de origen común y “hallazgos anormales en diagnóstico por imagen de pulmón y otros trastornos especificados” derivada de accidente de tránsito, que arrojaron una pérdida del 10% estructurada el 10 de mayo de 2019.

A. De la pretensión de reintegro por estabilidad laboral reforzada

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

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

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

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

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

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

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

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

Frente a esta situación, esta Sala de Decisión había venido adoptando como postura la interpretación de la ley 361 de 1997 que la Sala de Casación Laboral expone en sentencias como la SL19506 del 22 de noviembre de 2017 (Rad. 54.309 y M.P. DOLLY CAGUASANGO), donde se arguye que se trata de *una garantía excepcional a la estabilidad y que no puede el juez extenderla de*

*manera indebida para eventos no contemplados en la mencionada norma, concluyendo así que **no existiendo la calificación de la pérdida de capacidad laboral para el momento del despido, ni tampoco el conocimiento del empleador de una situación de salud diferente a las incapacidades temporales, no era dable exigir la autorización del Ministerio del Trabajo** exigida en la norma invocada por la parte demandante, previo a despedir a la trabajadora.”*

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

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

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

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

De esta manera, efectivamente existe respaldo jurisprudencial sobre que la ausencia de un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral al momento de finalizar la relación laboral no conlleva necesariamente a

desestimar las pretensiones de la actora, mientras el Juzgador encuentre que existe suficiente sustento para concluir que al momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo existía una condición de discapacidad o pérdida de capacidad en un grado equivalente al exigido por la norma y el referente jurisprudencial, debidamente conocida por el empleador de manera tal que le sea imputable objetivamente la necesidad de contar con permiso del Ministerio del Trabajo previo a la terminación unilateral 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.

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

Pues bien, aplicando este precepto al caso concreto se tiene que al momento de la terminación del contrato objeto del presente trámite, al actor no se le había calificado pérdida de capacidad laboral u ocupacional, obrando como pruebas sobre su estado las siguientes:

- Reportes de incapacidades expedidas al actor así:

Incapacidad No	Fecha Inicio	Fecha Fin	Origen	Días	Días Acum
12977509	28-mar-15	16-abr-15	Enfermedad General	20	413
12977505	20-mar-15	27-mar-15	Enfermedad General	8	405
12976716	10-mar-15	19-mar-15	Enfermedad General	10	395
12878714	18-feb-15	09-mar-15	Enfermedad General	20	375
12738433	07-feb-15	18-feb-15	Enfermedad General	10	385
12738429	18-ene-15	08-feb-16	Enfermedad General	20	345
12439807	29-dic-14	17-ene-15	Enfermedad General	20	325
12438788	19-dic-14	28-dic-14	Enfermedad General	10	315
12217248	19-nov-14	18-dic-14	Enfermedad General	30	285
12181799	09-nov-14	18-nov-14	Enfermedad General	10	275
12082908	20-oct-14	08-nov-14	Enfermedad General	20	265
12280098	10-oct-14	18-oct-14	Enfermedad General	10	245
12280094	20-sep-14	09-oct-14	Enfermedad General	20	225
11853003	10-sep-14	19-sep-14	Enfermedad General	10	215
11786727	21-ago-14	09-sep-14	Enfermedad General	20	195
1201010000318970	01-ago-14	20-ago-14	Enfermedad General	20	175
11818684	02-jul-14	31-jul-14	Enfermedad General	30	80
11818858	22-jun-14	01-jul-14	Enfermedad General	10	135
11316805	23-may-14	21-jun-14	Enfermedad General	30	105
1201010000304980	28-abr-14	22-may-14	Enfermedad General	25	80
11081568	24-mar-14	02-abr-14	Enfermedad General	10	70
11608609	15-mar-14	23-mar-14	Enfermedad General	9	61
11608536	04-mar-14	14-mar-14	Enfermedad General	11	50
10829771	02-feb-14	03-mar-14	Enfermedad General	30	20
1201010000291560	13-ene-14	01-feb-14	Enfermedad General	20	0
10614087	08-dic-13	09-dic-13	Enfermedad General - SOAT	2	10
10540037	21-nov-13	30-nov-13	Enfermedad General	10	0
10700212	08-nov-13	08-nov-13	Enfermedad General - SOAT	2	9
10614083	31-oct-13	02-nov-13	Enfermedad General - SOAT	3	5
10614079	28-oct-13	30-oct-13	Enfermedad General - SOAT	5	0
Total Dias Acum					433

- Documentos médicos a relatar así:

-Atención por especialista en cirugía de tórax del 20 de noviembre de 2013, indicando existencia de hernia diafragmática para manejo quirúrgico.

-Atención postquirúrgica tras 20 días de cirugía de corrección de hernia diafragmática postraumática, alegando dolor torácico y abdominal; se relatan los controles realizados periódicamente entre el 7 de febrero de 2014 al 13 de mayo de 2015, refiriendo cuadro recurrente de derrame pleura que fue abordado mediante cirugía de pleurectomía por toracoscopia, debido a infección bacteriana y se desprende que para noviembre de 2014 ya reportaba negativo en sus cultivos, derivando en mejora para diciembre de 2014. Luego tuvo dos atenciones por fiebre y drenajes en enero y abril de 2015.

- Dictamen No. 1310 del 11 de noviembre de 2020 emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER, donde se avoca la solicitud del Juzgado para determinar el grado de pérdida de capacidad laboral del actor y su fecha de estructuración; para ello se revisa su información clínica por el dolor en hemitórax derecho, iniciando en atención de urgencias por trauma del 25 de octubre de 2013 y los controles médicos posteriores, incluyendo la cirugía por hernia diafragmática postraumática, tratamiento por infección pulmonar que finaliza en enero de 2015 y solo reporta atenciones para enero de 2018 donde diagnostican secuelas en su pulmón, sin procedencia de manejo quirúrgico; luego en 2019 se diagnostica enfermedad del hígado. Con base a los exámenes realizados y su historial clínico, asigna un 10% de PCL estructurado el 10 de mayo de 2019 por enfermedad común.

Deriva de lo anterior, que el único dictamen de determinación de origen y/o pérdida de la capacidad laboral realizado de acuerdo a lo ordenado por el juez de instancia, fue el emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER, donde se estableció que el actor tiene una pérdida de capacidad laboral por riesgo común que se estructuró el 10 de mayo de 2019, equivalente al 10%. Porcentaje que resulta inferior al exigido por la norma, esto es, el 15%, para que opere el fuero estabilidad laboral.

Así mismo, la fecha de estructuración de dicha pérdida se dio con posterioridad a la finalización de la relación laboral, encontrando la Sala, que para dicho momento no podía la empleadora conocer tal situación y terminar la relación laboral por esta causa, porque no existía tal discapacidad, por lo que en este caso no se reúnen los requisitos indispensables para acceder a la garantía del artículo 26 de la ley 361 de 1997.

No siendo de recibo que se alegue por el apelante lo tardío del dictamen o que la fecha de estructuración es posterior, en la medida que no adelantó previamente una gestión probatoria exterior al proceso y acorde al curso de su tratamiento, que permitiera establecer oportunamente el estado de su capacidad física. En todo caso, se recuerda que la valoración solo puede realizarse una vez el trabajador alcanza el máximo grado de recuperación posible y poder conocer las secuelas de su diagnóstico, sin que se aportaran medios de prueba adicionales a los relatados que permitan derivar conclusiones diferentes a las analizadas por la Junta Regional, quien analizó la historia clínica integral del actor desde el accidente de octubre de 2013 y si determinó que para 2020, luego de 7 años y añadiendo otra enfermedad común, apenas sumaba el 10% de PCL, mal podría inferirse que tuviera un rango superior antes.

Considera la Sala necesario señalar, que se reconoce la existencia una tesis sustentada en el modelo biopsicosocial aplicada por la Corte Constitucional,

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

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

En aras de establecer bajo el principio de libertad probatoria si las pruebas obrantes determinan que la patología presentada por el demandante dentro de la relación laboral ostentaba cierto nivel de gravedad para el momento del despido, se reitera lo expuesto por el *a quo* sobre que el actor fue operado a comienzos de 2014 y estaba en camino de recuperación cuando fue afectado por una infección bacteriana, la cual para diciembre de 2014 que aconteció el despido ya estaba controlada; por lo que su afectación no tuvo un nivel de impacto que amerite una calificación asimilable a la que exige el precedente jurisprudencial para el momento de la terminación.

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

b. De la indemnización por despido injusto

Desde la demanda se reclamó como pretensión subsidiaria que se reconociera indemnización por despido injusto; al respecto, en principio el trabajador que alega la causación de derechos originados en un despido injusto, debe demostrar el hecho simple del despido, y al empleador le corresponde acreditar la ocurrencia de la justa causa legal que le permitió realizar el mismo, en los términos del artículo 167 del C.G.P., el cual dispone que le corresponde a las partes demostrar los supuestos de hecho en que se sustentan sus pretensiones.

Se advierte también, que el empleador cuando considere que existe justa causa puede unilateralmente y sin indemnización alguna, despedir al trabajador, siempre y cuando, le haya comunicado los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato de trabajo, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior, lo cual debe ser inmediato al evento generador y debe estar relacionado entre las causas taxativamente previstas en el postulado normativo.

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo

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

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

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

Para el caso concreto, advierte la Sala que por la falta de técnica en la redacción de la demanda y de la contestación, se suscita una confusión respecto de la forma en que se debe abordar esta pretensión; pues en la demanda se alega que el empleador entregó el preaviso de terminación para no prorrogar el vínculo tras el 12 de diciembre de 2014 y no se establece la existencia de un acto de despido diferente. Luego en la contestación, se refiere que el trabajador no presentó incapacidades desde septiembre de 2014 y por eso asumió una renuncia o abandono del cargo.

Frente a esta incongruencia, se resalta que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral en proveído SL2351 de 2020 recuerda que es un deber del empleador comunicar al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior.

Acorde a este parámetro, los medios de prueba aportados permiten verificar que las partes suscribieron un contrato a término fijo por 6 meses el 13 de junio de 2013; conforme al artículo 46 del C.S.T., si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año. Es decir, al mantenerse el vínculo el contrato inicial vencía el 12 de diciembre de 2013, cuando se renovó por primera vez otros 6 meses hasta el 12 de junio de 2014 y allí surgió otra prórroga hasta el 12 de diciembre de 2014. Para este momento, se demostró que el empleador comunicó su decisión de no prorrogar más allá y que en efecto finalizó la relación, cancelando la liquidación final de prestaciones hasta esa fecha y pagándola al trabajador.

En consecuencia, la relación finalizó acorde al modo legal de terminación de expiración del plazo fijo pactado y no demostró el trabajador que hubiera un despido injusto o que se hubiere presentado otro acto unilateral de parte del empleador para finalizar el vínculo abruptamente sin justa causa, pese a que en el curso del proceso se alegaron otros eventos como abandono del cargo, renuncia o reestructuración, que no podían ser invocados por ser diferentes a los inicialmente notificados al trabajador; por lo que se confirmará la decisión que absolvió por este concepto.

c. De la indemnización moratoria

En la demanda se solicita como pretensión subsidiaria, que se ordenara la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. por no haberse notificado el pago

de los aportes a seguridad social de los 3 últimos meses durante los 60 días siguientes a la terminación del contrato; de conformidad con el artículo 65 del C.S.T.:

“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique. (...)”

Parágrafo 1. *Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.”*

Al respecto de la interpretación de este parágrafo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1393 de 2022 recordó que *“el incumplimiento de lo consagrado en dicho precepto legal, no genera la ineficacia del despido, ni el restablecimiento del contrato, pues como lo ha señalado esta Corporación en la sentencia CSJ SL, 14 jul. 2009, rad. 35303, reiterada en la CSJ SL12041-2016, la finalidad de dicha norma es garantizar el pago oportuno de los aportes a la seguridad social y parafiscales, mas no la estabilidad en el empleo.”*

Para este caso, llama la atención de la Sala que el actor en su apelación reclama la imposición de la moratoria por considerar que no obra prueba del pago de los aportes a seguridad social de junio a agosto de 2013; situación que no fue reclamada en la demanda, donde solo se limita a solicitar la sanción por no comunicar el pago de las cotizaciones de los últimos 3 meses (octubre a noviembre de 2014).

Se recuerda que el principio de congruencia derivado del artículo 278 del C.G.P., establece que son sentencias *“...las que deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien”*; y los artículos 280 y 281 del C.G.P. establecen que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos y las excepciones que hubieren sido alegadas, y su motivación debe limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones.

Respecto a este principio, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL638 de 2020 señala que *“...es el promotor del proceso quien marca el thema decidendum, por virtud de que el principio dispositivo del derecho procesal, en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, está gobernado por la regla que impone al interesado en la resolución de un conflicto jurídico de esta naturaleza, el deber de precisar al incoar el proceso, el tema de decisión y establecer los hechos en que funda su*

pretensión (...) la errada o falta apreciación de la pieza procesal de la demanda inicial, puede generar un error de hecho con el carácter de manifiesto que genere la vulneración del principio en comento”.

Lo anterior para significar que, mal podría exigirse al demandante una prueba respecto de una mora que no fue alegada desde la demanda y pretender sorprender al demandado en la apelación con un argumento inédito dentro de la discusión procesal; como sucede en este caso, donde se eleva la pretensión de la siguiente manera:

3. Si en el evento no se accede a la pretensión Número 4, Reintegro, que se condene al empleador a pagar la indemnización por no notificar los aportes a la seguridad de los tres últimos meses durante los sesenta días siguientes a la terminación del contrato. La indemnización establecida en el art. 65 del C.S.T. a favor de mi poderdante.

Tampoco en los hechos se advierte o reclama mora en el pago de aportes o cualquier prestación en el curso de la relación laboral, por lo que no hay lugar a revisar de fondo este argumento del apelante, ya que constituiría un desconocimiento del principio de congruencia.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a la demandada de todas las pretensiones dirigidas a reclamar reintegro e indemnizaciones por despido injusto y moratoria del artículo 65 del C.S.T. Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia al demandante por no prosperar su apelación, fijando como agencias en derecho a favor de la demandada la suma de \$300.000.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

RESUELVE:

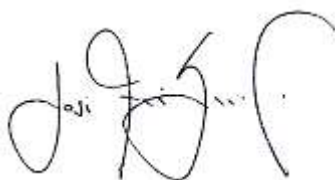
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 2 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandante. Fijar como agencias en derecho a favor de la demandada la suma de \$300.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**

(En permiso)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 1 de diciembre de 2022



Secretario



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

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

PROCESO:	EJECUTIVO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2019-00331-01
RADICADO INTERNO:	19.998
DEMANDANTE:	PORVENIR S.A.
DEMANDADO:	ALFONSO JAIMES RIOS

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso EJECUTIVO promovido por PORVENIR S.A. contra el señor ALFONSO JAIMES RIOS, radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2019-00331-00, y Radicación Interna No. **19.998** de este Tribunal Superior, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del auto del 12 de julio de 2022, que resolvió las excepciones propuestas y se abstuvo de seguir adelante la ejecución, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

La A.F.P. PORVENIR S.A. presentó demanda ejecutiva para que se librara mandamiento de pago a su favor y en contra del señor ALFONSO JAIMES RIOS, por la suma de \$17.183.725 por concepto de cotizaciones pensionales obligatorias dejadas de pagar como empleador para los periodos de mayo de 2002 a mayo de 2008, según se le notificó en comunicación del 19 de junio de 2019, junto a la liquidación de aportes, más los intereses moratorios causados por cada periodo adeudado según los trabajadores incluidos en la comunicación, así como por los intereses moratorios causados que a la fecha ascendían a \$71.572.700 y los aportes al fondo de solidaridad debidamente liquidados con sus intereses moratorios respectivos.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, señala, que PORVENIR S.A. es una administradora de fondo de pensiones que tiene entre sus obligaciones realizar el cobro por incumplimiento de las cotizaciones obligatorias por aportes pensionales a empleadores que incurren en mora; que en este caso 18 trabajadores del empleador fueron identificados con periodos de mora, incumpliendo el empleador el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 al dejar de efectuar el pago de aportes, por lo que se adelantó gestión de cobro pre jurídico requiriendo el pago de \$88.756.425 (\$17.183.725 de capital y \$71.572.700 de intereses) por 18 afiliados, dejados de cancelar por los periodos de mayo de 2002 a mayo de 2008, mediante escrito del 19 de junio de 2019 recibido el día 25 de junio. Que pese a la gestión de cobro adelantada, el empleador demandado continúa renuente al cumplimiento de su obligación.

Mediante auto del 28 de noviembre de 2019, se libró mandamiento de pago en los términos solicitados por el demandante y se decretaron medidas cautelares de embargo y retención de sumas de dinero.

El demandado ALFONSO JAIMES RÍOS contestó a la demanda de la siguiente manera:

- Sobre los hechos, señala, que aunque efectivamente el demandado desarrolló actividades de prestación de servicios que implicaron la contratación de trabajadores fue hasta el 30 de septiembre de 2002 ya que a esa fecha se terminaron los contratos de trabajo, cancelando los salarios, prestaciones y aportes causados, por lo que desde esa fecha dejó de ostentar la calidad de empleador y cesaron las obligaciones que ahora se ejecutan.

- Para acreditar lo anterior, adjunta declaraciones extrajuicio rendidas por los señores JOSÉ BERNABÉ DUARTE, DANIEL DUARTE, RICARDO GUTIÉRREZ, GEORLIN TARAZONA, YOLANDA TARAZONA, RAFAEL CALVO, EDUARDO JAIMES, LUDWING CARVAJAL, NELSON AUGUSTO MOLANO y JOSÉ HELÍ MENDOZA PABÓN donde manifiestan lo anterior, de lo que deviene que garantizó el cumplimiento de las obligaciones a su cargo mientras mantuvo la calidad de empleador y no es procedente ejecutar cobros posteriores.

- Propone como excepciones COBRO DE LO NO DEBIDO, PAGO DE LAS OBLIGACIONES, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, PRESCRIPCIÓN y GENÉRICA.

2. PROVIDENCIA IMPUGNADA

2.1. Identificación del tema de decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra del auto del 12 de julio de 2022 proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, que resolvió:

PRIMERO: DECLARAR, probada la excepción, de inexistencia de la obligación, en cuanto al cobro de los aportes, a pensiones, seguidos por la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. en contra del demandado Alfonso Jaimes Ríos, correspondientes, a los periodos del 1 de octubre del año 2002, en adelante, de los trabajadores. Daniel Duarte, Eduardo Jaimes, Teolin Tarazona, Jorge Duarte, José Luis Mendoza, Luigi Carvajal, Néstor Molano, Rafael Calvo, Ricardo Gutiérrez, y Yolanda Tarazona.

SEGUNDO: DECLARAR, probada la excepción de prescripción, en cuanto al cobro de todos los aportes, a pensión, establecidos en la liquidación del crédito, presentada por la Administradora de Fondos de Pensiones. Porvenir S.A.

TERCERO: ABSTENERSE, de seguir adelante, la ejecución, al interior del presente proceso ejecutivo. En consecuencia, ordenar el archivo, de las presente diligencias.

CUARTO. ORDENAR, el levantamiento de las medidas cautelares, decretadas, en contra del demandado, y la devolución de cualquier dinero a este, que se hubiese materializado, por las mismas. Efectuar el trámite correspondiente, por parte de la secretaria.

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez *a quo*, fundamenta la decisión de primera instancia en lo siguiente:

- Que el problema jurídico a resolver se identifica en si están llamadas a prosperar las excepciones de mérito planteadas por la pasiva de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción; siendo el primer aspecto relevante establecer si la liquidación de crédito presentada al demandado

contiene obligaciones a su cargo claras, expresas y exigibles, para luego determinar si son susceptibles del fenómeno jurídico de prescripción.

- Señaló que los artículos 17 y 22 de la Ley 100 de 1993 consagraron la obligación de afiliación y cotización de aportes a cargo del empleador para sus trabajadores, descontando el monto respectivo y trasladará esas sumas con su porcentaje, respondiendo por la totalidad del aporte si omite su responsabilidad y le será exigible con los intereses del caso. Para ello, la norma asignó a las administradoras de pensiones el deber de adelantar las acciones de cobro por este incumplimiento, realizando una liquidación de crédito que prestará mérito ejecutivo una vez comunicada al empleador sin que se hubiere pronunciado el empleador notificado.

- Concluye entonces, que la obligación será ejecutada cuando se demuestre la realización previa de la acción de cobro al empleador, con el requerimiento detallado de la liquidación con su debida comunicación, sin que en los 15 días siguientes hubiera pronunciamiento y por ello podrá librarse mandamiento siempre que no exista duda sobre la existencia de la relación laboral.

- Para el caso concreto, advierte que la AFP PORVENIR aportó la respectiva liquidación para el cobro al demandado de 18 trabajadores identificando los periodos adeudados pero la oposición del ejecutado niega haber recibido la comunicación en su residencia, que las relaciones laborales exigidas finalizaron el 30 de septiembre de 2002 y en todo caso están prescritas; respecto de lo cual, primero descarta la indebida notificación pues se realizó el requerimiento con la demostración de su envío y recepción, aceptando el demandado en su interrogatorio que allí recibe notificaciones, sin que en los 15 días siguientes hubiera pronunciamiento.

- En cuanto a la vigencia de la relación laboral para los aportes demandados, se aportaron declaraciones extra juicio de DANIEL DUARTE, EDUARDO JAIMES, GEORLIN TARAZONA, JOSÉ BERNABE DUARTE, JOSÉ HELÍ MENDOZA PABÓN, LUDWING CARVAJAL, NELSON AUGUSTO MOLANO, RAFAEL CALVO, RICARDO GUTIÉRREZ y YOLANDA TARAZONA, así mismo acercó la declaración testimonial de GEORLIN TARAZONA, LUDWING CARVAJAL, NELSON MOLANO y YOLANDA TARAZONA, donde aceptan que solo hubo relación laboral con el demandado hasta el 30 de septiembre de 2002, sin que existiera deuda alguna derivada de la misma y que tuvieron vínculos laborales posteriores con otros empleadores. Lo que permite descartar entonces la obligación para realizar aportes para estos trabajadores, acorde a las declaraciones provenientes de estos mismos y que no existir novedad de retiro en materia de pensión, a diferencia de salud, no es óbice para mantener el cobro pues se permite la corrección por desafiliación retroactiva.

- Respecto de los demás trabajadores: ALBERTO MEZA, HECTOR VIRGUEZ, JORGE VARGAS, LUIS FLOREZ, MILCIADES TORRES, RICARDO ABRIL, SANDRA GONZÁLEZ y WILLIAM MONTENEGRO, no existe prueba que certifique el fin de la relación, pues pese a lo dicho por los testigos no logra contrastarse una prueba directa que descarte la existencia de la relación laboral con el demandado y por lo tanto se mantienen exigibles.

- En cuanto a la excepción de prescripción, señala que esta ha sido objeto de pronunciamiento en tutela por la Sala de Casación Laboral que ha emitido una postura reiterada y pacífica, vista en STL941 de 2022, donde advierte que los aportes pensionales son objeto de prescripción cuando la AFP no cumplen su deber oportuno de cobro sin que afecte el derecho pensional del trabajador, recordando decisiones previas donde se han expuesto los fundamentos de derecho que exigen el cobro de aportes tras 3 meses de presentada la mora y no es dable dejar a su discreción la ejecución, por lo que no son exigibles a favor de la AFP en cualquier tiempo y en todo caso responderá con su propio

patrimonio, fijando el término prescriptivo en 5 años equivalente al de obligaciones fiscales; que en este caso se cobran períodos hasta mayo de 2008 y solo se cobraron hasta el año 2019, por lo que prospera la prescripción de los demás períodos.

3. RECURSO DE APELACIÓN

La parte ejecutante presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión, con fundamento en lo siguiente:

- Que la decisión fue un yerro jurídico pues no existe al plenario evidencia del pago de los aportes de los trabajadores del demandado, no siendo dable aceptar confesiones para erogar la obligación pues en esta clase de procesos ejecutivos solo es admisible la excepción de pago que se identifica con el soporte de las planillas pagadas y no es dable admitir el testimonio en sustitución, para evidenciar el retiro que era una novedad en cabeza del empleador so pena de incurrir en esta clase de consecuencia, donde se computan semanas al trabajador que no se causaron.

- Que la Ley 100 de 1993 no contiene un precepto que incorpore un término de caducidad ni se han consagrado prescripciones que liberen al empleador de pagar las cotizaciones del trabajador, lo que se deriva del derecho de los afiliados a contabilizar todos sus aportes que son reclamables de manera imprescriptible y no resulta dable entonces evitar que la AFP haga exigible estos rubros, para garantizar a los afiliados la contingencia de sus riesgos que es de orden público e irrenunciable, son bienes públicos de naturaleza parafiscal y no pueden tener otra disposición. Así se deriva de concepto de la Superintendencia Financiera en concepto No. 2017066845 de 2017 y de diferentes decisiones jurisprudenciales que han reiterado la imprescriptibilidad de los aportes a seguridad social por acción de cobro de las administradoras de pensiones.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal se presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

- **PARTE DEMANDANTE:** La apoderada de la A.F.P. PORVENIR expone su oposición a la sentencia de primera instancia y aspira a su revocatoria, señalando que los trabajadores confían en que el empleador cumpla con su deber de pago oportuno de las cotizaciones para pensión y la normativa no consagra un término de prescripción sobre ese derecho para que las administradoras ejerzan el cobro a los empleadores morosos, dado que la seguridad social es un derecho irrenunciable y debe garantizarse el funcionamiento integral del sistema. Advierte que la Corte Constitucional ha equiparado estos aportes a las contribuciones parafiscales por tener destinación específica y por ende no pueden dejarse de perseguir, máxime cuando en caso de mora se persigue el aporte integral incluyendo el porcentaje que se debe descontar al trabajador.

- **PARTE DEMANDADA:** El apoderado del demandado afirma que dentro del trámite de primera instancia, se pudo demostrar con total claridad que la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN estaba destinada a prosperar, pese a que el Juez no la declaró sino parcialmente, pues se evidenció que el demandado finalizó en septiembre de 2002 todas las relaciones laborales por las que se ejecutan aportes en períodos posteriores conforme relataron los testigos aportados y las declaraciones conseguidas de los mismos trabajadores. Agrega que en todo caso se debe reiterar la viabilidad de la excepción de prescripción cuya validez ha sido aceptada por la Corte Suprema de Justicia conforme el estatuto tributario, por lo que solicita se confirme la providencia apelada.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Se encuentran debidamente acreditadas las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción de la obligación propuesta por ALFONSO JAIMES RÍOS respecto de los conceptos que se afirman como adeudados por A.F.P. PORVENIR S.A.?

7. CONSIDERACIONES

Con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto a consideración de esta Sala de Decisión, contra el auto que resolvió las excepciones de mérito, es necesario advertir, que el presente proceso ejecutivo tiene como origen la solicitud de mandamiento de pago de PORVENIR S.A. en contra del señor ALFONSO JAIMES RÍOS, para que en su calidad de empleador responda por la mora en el pago de aportes a pensión de 18 trabajadores en diferentes períodos de tiempo, por un total adeudado de \$88.756.425 (\$17.183.725 de capital y \$71.572.700 de intereses).

Al resolver las excepciones propuestas, el juez a quo resolvió no seguir adelante con la ejecución, advirtiéndolo, que acorde a lo probado en el expediente con declaraciones extrajuicio y testimonios, 10 de los trabajadores aceptan no haber sostenido relación laboral con el ejecutado por los períodos cobrados lo que hace inexigible la obligación y pese a la falta de prueba sobre los 8 restantes, en su caso opera la prescripción al no ejecutarse oportunamente el cobro de la administradora; a lo que se opone el ejecutante, quien estima que en el presente proceso solo procedía demostrar el pago de la obligación, no susceptible de prueba testimonial y en todo caso, considera inaplicable la prescripción para desconocer las obligaciones reclamadas.

Con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto a consideración de esta Sala de Decisión, es necesario advertir, que el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, establece para las administradoras del sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales, la facultad de adelantar las acciones de cobro ante el incumplimiento de las obligaciones del empleador, y para ello contempla que presta mérito ejecutivo, la liquidación realizada por la administradora determine el valor adeudado.

Esta actividad es reglamentada a través del decreto 2633 de 1994, cuyo artículo quinto reza:

“En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que ésta disponga, con carácter general, sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimulación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes.”

Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993”.

De esta normativa se desprende, que el título ejecutivo en los casos donde se persigue el pago de aportes en mora es complejo, en la medida que se conforma de tres documentos: el requerimiento al empleador para constituirle en mora, la constancia de entrega del mismo y la liquidación elaborada por la administradora de pensiones; por lo que una vez acreditados estos requisitos formales se puede establecer la existencia de un título ejecutivo, suficiente para librar mandamiento de pago.

Basado en lo anterior, el presente proceso ejecutivo encuentra su origen en la afirmación de PORVENIR S.A. de que el empleador ALFONSO JAIMES RÍOS, adeuda una serie de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, lo que respalda en los documentos vistos a folios 3 al 33 así: liquidación de las cotizaciones adeudadas por 18 trabajadores afiliados (Fol. 3-13), requerimiento realizado al empleador – Oficio del 19 de junio de 2019 – con liquidación anexa y constancia de entrega de servicio postal cotejado (Folio 14-19) y certificado de matrícula de persona natural de la demandada (Fol. 20-21); es decir, que la obligación reclamada por PORVENIR S.A. está respaldada por la pluralidad de documentos antes identificados y de cuya unidad jurídica emerge un mérito ejecutivo legalmente reconocido en las normas en cita.

De allí que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, decidiera librar mandamiento de pago; no obstante, notificado el demandado propuso las excepciones de COBRO DE LO NO DEBIDO, PAGO DE LAS OBLIGACIONES, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, PRESCRIPCIÓN y GENÉRICA, señalando que la contratación de los trabajadores enunciados fue hasta el 30 de septiembre de 2002 ya que a esa fecha se terminaron los contratos de trabajo, cancelando los salarios, prestaciones y aportes causados, por lo que desde esa fecha dejó de ostentar la calidad de empleador y cesaron las obligaciones que ahora se ejecutan .

En la contestación de la demanda, el ejecutado presentó documentos suscritos por JOSÉ BERNABÉ DUARTE, DANIEL DUARTE, RICARDO GUTIÉRREZ, GEORLIN TARAZONA, YOLANDA TARAZONA, RAFEL CALVO, NELSON AUGUSTO MOLANO y JOSÉ HELÍ MENDOZA PABÓN, autenticados ante Notario Público y declaraciones extrajuicio rendidas por EDUARDO JAIMES y LUDWING CARVAJAL, donde manifestaron haber laborado con ALFONSO JAIMES RÍOS hasta el 30 de septiembre de 2002, que durante la relación laboral se cancelaron todas las prestaciones y no hubo contratación posterior que dejara obligaciones pendientes. De los cuáles se ratificó en testimonio durante audiencia del 11 de julio de 2022 la declaración de GEORLIN TARAZONA RODRIGUEZ, NESTOR AUGUSTO MOLANO ROJAS, LUDWING CARVAJAL CASTELLANOS y YOLANDA TARAZONA RODRÍGUEZ.

Para resolver este asunto, cabe recordar que además de los requisitos formales, los títulos ejecutivos deben cumplir una serie de condiciones sustanciales sin los cuáles no puede predicarse suficiente el mérito ejecutivo para seguir con la ejecución del mandamiento de pago y el escenario ideal para controvertir este aspecto es la proposición de excepciones por la parte a quien se imputa el cobro, quien a través de los medios de prueba oportunamente allegados e idóneo puede desvirtuar la validez o exponer las falencias del título aportado.

Estas condiciones sustanciales, según Sentencia T-747 de 2013, “*exigen que el título ejecutivo contenga una prestación en beneficio de una persona. Es decir,*

que establezca que el obligado debe observar a favor de su acreedor una conducta de hacer, de dar, o de no hacer, que debe ser clara, expresa y exigible. Es **clara** la obligación que no da lugar a equívocos, en otras palabras, en la que están identificados el deudor, el acreedor, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan. Es **expresa** cuando de la redacción misma del documento, aparece nítida y manifiesta la obligación. Es **exigible** si su cumplimiento no está sujeto a un plazo o a una condición, dicho de otro modo, si se trata de una obligación pura y simple ya declarada.”

Agrega la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que los jueces laborales no incurrir en ninguna vía de hecho o afectación de derechos procesales cuando decide revocar el mandamiento de pago una vez resuelve desfavorablemente al actor el examen de existencia de los requisitos del título, concluyendo que *“tratándose de títulos ejecutivos, es deber del fallador examinar la plena configuración de sus requisitos, de tal suerte que si no se percata oportunamente, esto es, para librar la orden de apremio o mediante excepción de parte, se impone la revisión de las falencias que puedan desvirtuarlo, antes de proferir el fallo correspondiente”*; pronunciamiento reiterado en providencia STL1512-2014, STL2906-2013, STL2366-2013 y recientemente STL10114-2018.

Ahora bien, frente al argumento del apelante que se dirige a solicitar la improcedencia de las excepciones de inexistencia de obligación o cobro de lo no debido por considerar que para esta clase de ejecutivos no pueden proponerse; esta Sala resalta que el artículo 442 del C.G.P., sí limita las excepciones que pueden proponerse, pero solo en los casos de *“cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional”* y para ello señala que solo pueden alegarse *“las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia”*. Pero en este caso no se ejecuta un título judicial ni una conciliación o transacción, por lo que el demandado está facultado para proponer y demostrar la inexistencia de las obligaciones.

De esta manera, es claro que si el interesado en demostrar la inexistencia de una obligación aporta los medios de prueba suficientes para establecer que no le es exigible el título base de la ejecución, no existe impedimento para revocar el mandamiento de pago y dar por demostrada la excepción propuesta; interpretación que es compatible con la teoría general de la carga de la prueba, donde se establece que le corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas (Art. 1757 C.C), principio que se reproduce en otros términos en el artículo 167 del C.G.P. al establecer *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Acorde a este parámetro, se advierte que según el artículo 17 de la ley 100 de 1993, existe obligatoriedad de efectuar las cotizaciones por parte de los afiliados, empleadores y contratistas al sistema general de pensiones *“durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios”*; de manera que, la exigibilidad del aporte va a depender necesariamente de la existencia de una relación laboral por la cual se causara el mismo.

Es necesario aclarar, que el no haber reportado la novedad de retiro no impide absolver por ese cobro, como sí sucede en el sistema general de salud, pues el artículo 79 del decreto 806 de 1998 establece que *“El empleador que no reporte dentro del mes siguiente a aquel en el cual se produce la novedad de retiro, responderá por el pago integral de la cotización hasta la fecha en que efectúe el reporte a la EPS. La liquidación que efectúe la EPS por los períodos adeudados prestará mérito ejecutivo”*.

Además, en la reglamentación del recaudo de aportes al sistema general de

seguridad social integral, no solo no existe una norma equivalente a la leída anteriormente que aplique al sistema general de pensiones, sino que por el contrario el inciso final del artículo 31 del decreto 326 de 1996, modificado por el artículo 23 del decreto 1818 de 1996, expone que *“En ningún caso, los procedimientos de corrección podrán autorizar afiliaciones retroactivas. Las desafiliaciones retroactivas únicamente se permitirán como corrección anexando las pruebas que lo demuestren”*; norma que permite registrar una novedad de retiro no reportada a tiempo siempre que se demuestre con la prueba adecuada, que en este caso no encuentra mejor respaldo que las manifestaciones provenientes de los mismos trabajadores. Máxime cuando aceptando la inexistencia de la relación laboral por un acto propio, exoneran a la AFP de contabilizar esos tiempos en su favor y generan una confesión oponible en casos de futuras reclamaciones.

Bajo esta interpretación, la causa de la obligación o el origen de las cotizaciones reclamadas al señor ALFONSO JAIMES RÍOS es la relación laboral que reportaba tener con los citados trabajadores, y demostrado que estas relaciones no existieron más allá del 30 de septiembre de 2002, mal podría entenderse como causada una obligación cuya naturaleza legal es precisamente la vigencia de una relación laboral y ante ello el título carece del requisito sustancial de contener una obligación vigente exigible al empleador.

En cuanto a la viabilidad de la excepción de prescripción que se declaró respecto de los trabajadores sobre los que no se aportó prueba directa, se reitera como indicó el juez *a quo* que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre de esta especialidad de la jurisdicción ordinaria, mantiene como postura que sí es procedente ya que la imprescriptibilidad de los aportes a seguridad social se predica en favor del trabajador y este puede reclamarlos en cualquier momento, pero su asunción a cargo del empleador está condicionada a que la A.F.P. una vez identificada la exigibilidad hubiera ejercido las acciones de cobro so pena de asumir con su propio patrimonio las consecuencias.

Así se ha explicado en providencia STL3387 de 2020 reiterada en STL941 de 2022, que expuso:

“(…) hay que hacer una distinción entre el vínculo que ostenta el empleador con el fondo de pensiones, tal como es el caso que nos ocupa, y otra la relación del fondo de pensiones y el trabajador que prestó unos servicios y causó su derecho imprescriptible para acceder a la pensión de vejez; sin duda alguna para este último caso, es claro que no se puede aplicar la excepción de prescripción, al margen de que si la administradora no realizó las gestiones de cobro al empleador cotizante en los tiempos que correspondían, o si el contratante pagó o no los aportes una vez afilió al trabajador al sistema; porque lo que se protege en esos eventos es la construcción de la pensión que no puede verse truncada por la negligencia del empleador o del fondo de pensiones. (...) con base en la normatividad referida, es innegable que el propósito del legislador no era el de dejar a discreción de las entidades administradoras de pensiones, el término para ejercer y adelantar la acción ejecutiva, como quiera que, primero, ello iría en contra de la misma eficiencia y cuidado que se exige a las administradoras en el manejo de los aportes pensionales, y, segundo, porque la incuria y negligencia de la administradora pondría en riesgo el sistema de seguridad social en pensiones, y eventualmente la misma pensión del trabajador.

Así las cosas, concluye esta Sala que la entidad administradora de pensiones, no puede hacer exigibles en cualquier tiempo, todos aquellos aportes que el empleador debió haber cotizado por efecto de las vinculaciones contractuales del afiliado durante toda su vida laboral, pues de aceptarse que la acción de cobro que debe adelantar la AFP frente al empleador moroso de los aportes al sistema general de pensiones, es de carácter imprescriptible, se desconocería la finalidad de las

diferentes facultades de fiscalización, de control, acciones precoactivas y coactivas, otorgadas por el legislador a dichas entidades, a efectos de hacer efectivo el pago de los aportes por parte del patrono renuente.

Resulta relevante advertir, que no es el trabajador el que sufre las consecuencias de la prescripción de sus aportes, sino la entidad administradora de pensiones, quien debe responder con su propio patrimonio por todos y cada uno de los aportes que dejó de cobrar en tiempo con su correspondiente rendimiento, o dicho en otras palabras, que dejó prescribir por su incuria o negligencia, tal como lo prevé el inciso tercero del artículo 21 del Decreto 656 de 1994.

En concordancia con lo expuesto, al ser los aportes a la seguridad social, contribuciones parafiscales, para su cobro se debe aplicar el Estatuto Tributario, conforme al artículo 54 de la Ley 383 del 97, según el cual, las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobros contenidas en el libro quinto del Estatuto Tributario Nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y los aportes inherentes a la nómina, tanto en el sector privado como en el público, establecidas en las leyes 58 del 63, 27 de 74, 21 del 82, 89 del 88 y 100 del 93.

*Así las cosas, conforme al artículo 17 del Estatuto Tributario, que fue modificado por el artículo 53 de la Ley 1739, se establece que la acción de cobro de las obligaciones fiscales prescribe en el **término de cinco años.**"*

Conforme este precedente, la consecuencia jurídica de la prescripción es adecuada porque con ello se sanciona la negligencia de las A.F.P. en la ejecución oportuna del cobro a los empleadores morosos; como en este caso, donde se reclaman aportes de 2002 a 2008, pero el requerimiento se presenta hasta el año 2019, sin que se justificara o evidenciara actuación previa que permita relevar a la demandante de la sanción procesal que extingue la obligación y les impone, seguir reconociendo al trabajador los períodos pero sostenidos por su propio patrimonio. De esta manera, se descarta que se afecte un derecho cierto e irrenunciable para el trabajador, quien pese a la prescripción encuentra protegida su garantía constitucional de seguridad social, a cargo de quien dejó vencer la oportunidad de cobro jurídico.

Por ende, se confirmará la decisión de primera instancia que se abstuvo de seguir adelante con la ejecución conforme al mandamiento de pago librado el 28 de noviembre de 2019. Finalmente se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, fijando como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor del demandado.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 12 de julio de 2022 proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, que se abstuvo de seguir adelante con la ejecución por encontrar probadas las excepciones propuestas, por las razones expuestas en la parte motiva.

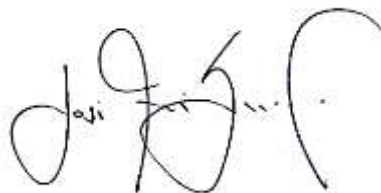
SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. Fijar como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor del demandado.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

(En permiso)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 1 de diciembre de 2022



Secretario



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

Cúcuta, Treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA:
DR. NIDIAM BÉLEN QUINTERO GELVES

Observa la Sala que en el proceso ordinario seguido por MARLENE CARREÑO contra PROTECCIÓN S.A., el apoderado de la demandada interpuso en tiempo oportuno el recurso de casación contra el fallo proferido por la Sala el día treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

La Ley Procesal Laboral establece que la cuantía para la viabilidad del recurso de casación, debe ser superior a los ciento veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A su vez la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el valor del interés para recurrir en casación respecto de la parte demandada habrá de determinarse de acuerdo al monto de las condenas a ella impuestas, y el de la parte demandante según el monto de las pretensiones que le han sido denegadas.

Debe precisarse que en el sub-examine que el señor apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación contra la decisión de segunda instancia en razón que se condenó al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante señora MARLENE CARREÑO, a partir del 7 de octubre de 2018, pues fue revocada por la Sala la decisión del A quo.

Como se trata del pago de una pensión de sobrevivientes, con efectos retroactivos, en los cuales se debe tener en cuenta la probabilidad de vida y las mesadas que pueda devengar la beneficiaria, por ser una obligación de tracto sucesivo que va a futuro, y que además se liquidó por la Sala el retroactivo causado entre el 7 de octubre de 2018 a junio de 2020, que equivale a \$42.300.261.32, considera la Sala que no se hace necesario efectuar ninguna otra liquidación dada que dichas condenas superan el monto de los 120 salarios mínimos exigidos por la ley.

De esta manera, la Sala considera que es procedente conceder el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada PROTECCIÓN S.A.

Por lo expuesto la Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONCEDER el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia dictada por esta Sala dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente auto, remítase el expediente a esa Honorable Superioridad dejándose las debidas constancias de su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA**

**EN PERMISO
ELVER NARANJO
MAGISTRADO**



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de diciembre de 2022



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-002-2020-00369-01
PARTIDA TRIBUNAL: 19.676
JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: ELIZABETH OLEJUA VILLAMIZAR
DEMANDADO: COLPENSIONES
TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES
ASUNTO: CONSULTA

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, treinta (30) de noviembre 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 28 de enero de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta con radicado interno No. 54-001-31-05-002-2020-00369-01 y Partida del Tribunal No. 19.676 promovido por la señora ELIZABETH OLEJUA VILLAMIZAR en nombre propio y en representación de sus cuatro hijos menores de edad, J.F., J.A., F.G. y F.S. CONTRERAS OLEJUA a través de apoderado judicial contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

4. ANTECEDENTES

La demandante pretende que COLPENSIONES sea condenada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el 27 de septiembre de 2018 en calidad de cónyuge supérstite del afiliado Luis Franklin Contreras (Q.E.P.D) y a favor de sus hijos menores en aplicación del principio de la condición más beneficiosa por haber cotizado al sistema pensional mas de 133 semanas en toda su vida laboral, al pago de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, a la indexación de la mesada pensional, al uso de las facultades extra y ultra petita y las costas procesales.

II. HECHOS

Los hechos fundamento de la causa petendi son: que el señor Luis Franklin Contreras cotizó al sistema pensional 133,57 semanas, que falleció el 27 de septiembre de 2018, que reclamó en su condición de cónyuge supérstite, la

pensión de sobrevivientes ante la demandada el 20 de enero de 2020 y esta fue negada por no contar con las 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores al fallecimiento del afiliado.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES a través de su apoderado judicial no le constan los hechos y se opuso a todas las pretensiones alegando que, la demandante no tiene derecho al reconocimiento pensional pretendido, por cuanto el causante no dejó causada la pensión de sobrevivientes ya que no cumplió con las semanas mínimas requeridas en la Ley 797 de 2003; asegura que no es procedente aplicar el principio de la condición más beneficiosa, pues no existe ni ha existido duda que la norma a aplicar, en razón a la fecha del deceso es la contenida en la ley 797 de 2003 y por tanto no habría lugar a recurrir a ésta premisa constitucional para solucionar una duda que en efecto no existe. Propuso como excepciones de fondo, la inexistencia de la obligación, la innominada o genérica, la buena fe, la prescripción, el cobro de lo no debido y la presunción de legalidad de los actos administrativos.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

EL JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 28 de enero de 2022, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante Elizabeth Olejua Villamizar, en nombre propio, y en representación de sus hijos Jhon Franklin, Yeferson Alexis, Franklin Samir y Franyeliz Guadalupe Contreras Olejua, declarando como probadas las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y el cobro de lo no debido propuestas por la demandada, condenando a la parte activa en costas procesales.

El Juez A quo sostuvo que la norma aplicable es la dispuesta en la ley 797 del 2003 por cuanto el fallecimiento del señor Luis Franklin Contreras ocurrió el 27 de septiembre de 2018, y que, al revisar la historia laboral, sólo aportó 28 semanas de cotización durante los 3 años anteriores. Que tampoco cumple los requisitos para acceder a la aplicación de la condición más beneficiosa según lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencias SL1683/2019 SL58/19 SL2526/19, SL2829/19 y SL1938/2020, así mismo, aseguró que, teniendo en cuenta que la primera cotización del causante fue en vigencia de La Ley 100 de 1993 en el año 1999, tampoco sería procedente recurrir a lo mencionado en la sentencia SU-005/2018.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

El apoderado judicial de COLPENSIONES solicitó confirmar en todas sus partes la sentencia de primera instancia, manifestando que, el causante no dejó acreditado el derecho a sus causahabientes, es decir no cumplió con los requisitos de la ley 797 de 2003, no acreditó las 50 semanas en los 3 años anteriores al

fallecimiento, toda vez que entre el 27 de septiembre de 2018 y el 27 de septiembre de 2015, se registran 27 semanas de cotización.

El apoderado judicial de la demandante, solicitó que la sentencia de primera instancia sea recogada en su totalidad y se reconozca el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de las demandantes, considerando que se evidencia que en la historia laboral aparecen acreditadas 133,57 semanas, suficientes para satisfacer las 50 semanas que exige la Ley 797 de 2003, y el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 que exige 26 semanas de cotización.

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

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta, porque la sentencia de primer grado fue totalmente adversa a las pretensiones de la parte demandante y no fue apelada.

El problema jurídico se reduce a establecer si en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, es procedente acudir a la normatividad anterior vigente a la Ley 797 de 2003, para determinar si el fallecido Luis Franklin Contreras, dejó causada la pensión de sobrevivientes a favor de sus presuntos beneficiarios, teniendo en cuenta que su fallecimiento ocurrió el 27 de septiembre de 2018.

Normatividad Aplicable y Hechos Acreditados.

En este caso, en atención a que Luis Franklin Contreras falleció el 27 de septiembre del 2018 (PDF03-fl.49 registro civil de defunción), el derecho de los beneficiarios a la prestación de sobrevivientes está gobernado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, el numeral 2º del art. 12 dispone para la causación el siguiente requisito: “2. *Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, **siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento** y se...*”.

Así las cosas, no existe controversia entre las partes, que el causante cotizó 133.57 semanas al sistema pensional de COLPENSIONES, iniciando su afiliación desde el 19 de octubre de 1998 en forma interrumpida hasta la fecha del óbito como trabajador dependiente, y que, en los 3 años inmediatamente anteriores, esto es, del 27 de septiembre de 2015 al 27 de septiembre de 2018, se reportan 28.28 semanas de cotización, esto es, no dejó causada la pensión de sobrevivientes con la normatividad aplicable, tal como se observa en la historia laboral actualizada al mes de marzo de 2019.

[1] Identificación Aportante	[2] Nombre o Razón Social	[3] Desde	[4] Hasta	[5] Último Salario	[6] Semanas	[7] Lic	[8] Sem	[9] Total
89000200	TRANSPORTES PUERTO S	31/10/1990	31/10/1990	\$32.000	1,71	0,00	0,00	1,71
89000200	TRANSPORTES PUERTO SA	01/11/1990	31/12/1990	\$204.000	8,57	0,00	0,00	8,57
89000200	TRANSPORTES PUERTO S	01/01/1991	31/01/1991	\$32.000	0,57	0,00	0,00	0,57
89000200	TRANSPORTES PUERTO SA	01/02/1991	31/12/1991	\$332.000	21,43	0,00	0,00	21,43
89000200	TRANSPORTES PUERTO SA	01/01/2001	31/03/2001	\$356.000	12,86	0,00	0,00	12,86
89000202	EMPRESA DE TRANSPORT	01/04/2001	30/04/2001	\$141.000	1,71	0,00	0,00	1,71
89000202	TRANSPORTADORES TONC	01/04/2001	30/04/2001	\$123.000	3,00	0,00	0,00	3,00
89000202	TRANSPORTADORES TONC	01/05/2001	30/09/2001	\$401.500	21,43	0,00	0,00	21,43
89000202	EMPRESA DE TRANSPORT	01/10/2001	31/03/2002	\$31.000	0,25	0,00	0,00	0,25
89000202	EMPRESA DE TRANSPORT	01/04/2001	31/07/2001	\$407.000	30,00	0,00	0,00	30,00
89000204	COOPERATIVA DE MICRO	01/08/2001	31/08/2001	\$50.000	2,63	0,00	0,00	2,63
89000204	COOPERATIVA DE MICRO	01/09/2001	30/04/2002	\$402.740	2,67	0,00	0,00	2,67
89000204	COOPERATIVA DE MICRO	01/05/2001	31/05/2001	\$26.342	0,14	0,00	0,00	0,14
TOTAL AFORNAS COTIZADAS								133,57

Por otra parte, la demandante alega que tiene derecho a la prestación en **aplicación al principio de la condición más beneficiosa**, en razón a que su cónyuge cotizó 133,57 semanas en cualquier época, por lo que, esta Sala en consideración a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4560 del 2017, tal afirmación es posible en aplicación a la normatividad inmediatamente anterior, **siempre que el causante cumpliera los requisitos de la misma en el tiempo en que surtió efectos** y, adicionalmente, **en tiempo anterior a la muerte**, según las reglas de aplicación que han sido desarrolladas por la jurisprudencia.

La característica relativa a que no es absoluto e ilimitado en el tiempo, significa que no puede ser usado para garantizar la perpetuidad de un régimen o de una regulación que en un tiempo pretérito estuvo vigente y le era aplicable a un sujeto o a un grupo, dado que, bien comprendido, su ámbito de actuación se orienta a conservar un régimen normativo anterior cuando quiera que el trabajador haya cumplido una condición relevante del mismo que, si bien no es definitiva para adquirir el derecho, juega un rol fundamental en su consolidación (Ver SL1938/2020)..

Ese criterio fue reiterado en múltiples decisiones por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para el caso de la pensión de sobrevivientes, desde la sentencia SL4650-2017, reiteradas en las de radicado SL765 de 2018, SL264 de 2019, SL2567-2021, SL3128/2022, SL2673/2022 entre otras, en la que se señaló:

Recapitulando, se debe conceder la pensión de invalidez (*sic*) [*sobrevivientes*], en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los siguientes supuestos:

3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando.
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003.
- c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.
- d) Que al momento de la (sic) fallecimiento estuviese cotizando, y
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso.

3.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.
- c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.
- d) Que al momento del deceso no estuviese cotizando, y
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento.

4. Combinación permisible de las situaciones anteriores

A todas estas, también hay que tener presente, para otorgar la pensión de invalidez bajo la égida de la condición más beneficiosa, la combinación de las hipótesis en precedencia, así:

4.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando falleció no estaba cotizando

La situación jurídica concreta se explica porque el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, se encontraba cotizando al sistema y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la muerte - *«hecho que hace exigible el acceso a la pensión»*- que debe sobrevenir entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, es dable la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Acontece, sin embargo, que, de no verificarse este último supuesto, no aplica tal postulado.

Aunque suene repetitivo, es menester insistir en que si al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, el afiliado se encontraba cotizando al sistema y no le había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, no goza de una situación jurídica concreta.

4.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando falleció estaba cotizando

Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 29 de enero de 2003, no estaba

cotizando al sistema, pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002.

Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la muerte - *«hecho que hace exigible el acceso a la pensión»*- que debe suceder entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente se aplica el postulado de la condición más beneficiosa. La Sala juzga pertinente advertir que, de no cumplirse este último supuesto, no se aplica dicho principio.

En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002, no existe una situación jurídica concreta.

De esta manera, si la finalidad del principio de la condición más beneficiosa es proteger expectativas legítimas que puede cambiar el legislador con apego a los parámetros constitucionales, no tiene sentido que su aplicación permita acudir a cualquier normativa anterior o, en otros términos, resulte indefinida en todos los tránsitos legislativos que puedan generarse en la configuración del sistema pensional, de por sí, de larga duración.

Descendiendo al caso en concreto, se tiene que el afiliado falleció el 27 de septiembre de 2018, esto es, con posterioridad al lapso de 3 años que transcurren del 29 de enero de 2003 al mismo día y mes de 2006, en el que el principio de la condición más beneficiosa opera con todo vigor; de manera que no es acreedor de la garantía precitada, por cuanto en el momento del tránsito legislativo entre las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, porque **no estaba cotizando al sistema**, pues de la historia laboral antes mencionada, se prueba que la afiliación al SSGP fue el 19 de octubre 1998 y cotizó hasta el 04 de enero de 1999 (10.85 semanas), **tampoco contaba con 26 semanas entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003**, porque luego cotizó desde el 1º de agosto de 2003 hasta 30 de abril de 2004, y después entre el 2008, 2009 y 2018; luego, aflora cristalino que, no tenía una situación jurídica concreta que se deba proteger a través de la condición más beneficiosa. Pero, además, el causante no gozaba de régimen de transición alguno al momento del fallecimiento, pues, como se explicó, en relación con las pensiones de sobrevivientes, no ha existido un régimen de transición en nuestra historia legal.

En este sentido, no se desconoce el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, porque según el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo el conflicto normativo debe darse entre normas vigentes de trabajo, de conformidad con el tránsito legislativo entre Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, además, el mandato establecido en dicho principio, parte de la existencia de duda en la aplicación o interpretación de normas vigentes, lo que no ocurre en el sub lite. Luego entonces, no existe ningún conflicto normativo, pues no se está en presencia de dos fuentes formales vigentes que tuvieran aptitud jurídica para gobernar una situación específica y, por ello, no emana hesitación alguna sobre cuál norma es la pertinente para resolver el asunto debatido.

Ahora bien, tampoco procede emplear el principio *indubio pro operario*, puesto que éste opera cuando el Juez se encuentra ante **dos comprensiones o interpretaciones diferentes derivadas de la misma norma**, situación ante la cual, el ordenamiento jurídico optó por favorecer a la parte débil de la relación laboral a fin de acoger la comprensión más acorde a su situación particular; lo que para el tema analizado, no es procedente, puesto que, la norma aplicable es la Ley 797 de 2003 y/o la Ley 100 de 1993, sobre las cuales no existe duda en su aplicación.

Por otra parte, tratándose esta postura de un precedente vertical, por ser la posición acogida por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, implica que la Sala no se pueda apartar del precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia, autoridad judicial con atribuciones superiores que tiene dentro de sus funciones principales la unificación de la jurisprudencia; por ello, para efectos de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, esta Sala de Decisión, acogerá lo dispuesto por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su en recientes providencias, entre otras, SL9762-2016, SL9763 del 2016, SL9764-2016, SL15612-2016, SL15617-2016, SL 4650-2017, SL1686-2017, SL1090-2017, SL2111-2018, SL1595-2018 y SL1983-2018.

En consideración a lo expuesto, atendiendo a los presupuestos de aplicación del principio de la condición más beneficiosa, precisado por la Corte Suprema de Justicia, se tiene que el causante no se encontraba cotizando para **el 29 de enero de 2003**, ni contaba con 26 semanas o más de cotización dentro del año inmediatamente anterior al tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y el mismo día y mes del año 2003 (0 semanas), por lo que no cuenta con una situación jurídica concreta y por ende, debe aplicársele en todo su rigor la última de las normativas, esto es, la Ley 797 de 2003, *«en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues no posee una expectativa legítima y mucho menos un derecho adquirido. En conclusión, tampoco hay condición más beneficiosa»*.

Por último, cabe destacar que el causante no cotizó el número mínimo de semanas requeridas en el régimen de prima media para causar la pensión de vejez. Por un lado, no tiene la densidad de semanas exigidas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, pues en toda su vida cotizó un total de 133.57, y para la fecha del fallecimiento (2018), la norma exigía 1300 semanas. Por otro, no era beneficiario del régimen de transición pensional dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que las cotizaciones al sistema pensional iniciaron posterior a la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, desde el 10 de octubre de 1998.

En este orden de ideas, la Sala encuentra acertada la decisión de primera instancia, en la medida que no existe duda en la interpretación de las normas de la Ley 797 de 2003 modificatoria de la Ley 100 de 1993 que disciplinan la pensión de sobrevivientes, razón por la que, el problema jurídico planteado se resuelve en forma desfavorable a las demandantes ELIZABETH OLEJUA VILLAMIZAR en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad.

En consecuencia, la Sala **CONFIRMARÁ** en su totalidad la sentencia consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 28 de enero de 2022, conforme se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

No se condenará en costas procesales de segunda instancia por surtirse 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 su totalidad la sentencia consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 28 de enero de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENAS en costas procesales de segunda instancia por surtir el grado jurisdiccional de consulta que opera de pleno derecho.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

(EN PERMISO)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIA BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de Diciembre de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Segundo Laboral Circuito de
Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2021-00008-
00

Partida Tribunal: 19920

Demandante: MERCEDES GUTIERREZ
ROJAS

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

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE
SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta (30) de noviembre 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 Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 09 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-002-2021-00008-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19920 promovido por la señora MERCEDES GUTIERREZ ROJAS contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A., PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante MERCEDES GUTIERREZ ROJAS 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 PROTECCIÓN S.A., y posteriormente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren

depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales; subsidiariamente solicitó que se reconozcan a su favor los perjuicios causados así como la pensión de vejez en las mismas condiciones y circunstancias a que tendría derecho si se hubiese pensionado en el Régimen de Prima media con prestación definida, y subsidiaria a la pretensión N° 2 solicitó que se debe proceder a reconocer la diferencia entre el valor de la pensión por vejez que deba ser reconocida por el Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, y la mesada pensional que le correspondería en el Régimen de Prima media con prestación definida, dineros que deben ser recibidos y calculados mediante un cálculo actuarial o de manera mensual con la mesada pensional de forma vitalicia.

II. HECHOS

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

1. Indicó que nació el 08 de enero de 1964, 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 2021.
2. Que se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida el día 04 de mayo de 1988.
3. Que se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el día 11 de enero de 1996 mediante afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, y posteriormente se trasladó entre administradoras a PORVENIR, el día 01 de octubre de 2009.
4. Que a la fecha ha cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos Regímenes más de 1296 semanas.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada **PROTECCIÓN S.A.** esta dio formal contestación oponiéndose 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 la 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 OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHO DE TERCEROS DE BUENA FE, INNOMINADA

Por su parte, **COLPENSIONES, S.A.**, dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones principales, subsidiarias y subsidiaria a la pretensión N°2 inmediatamente anterior, en el entendido que no se tuvo ninguna intervención al momento de brindar información a la hoy demandante MERCEDES GUTIERREZ ROJAS, quien fue de manera libre y voluntaria, quien tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión; ya que en este momento tenía otras expectativas.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO POR FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA SU RECLAMACIÓN, LA INNOMINADA O GENÉRICA, LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, LA 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, INNOMINADA O GENERICA.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** indico que se opone a las pretensiones principales, subsidiarias y subsidiaria a la pretensión N°2 inmediatamente anterior, argumentando que fue la AFP PROTECCION S.A, quien realizo el traslado de regímenes, luego es esa AFP quien pudo incurrir en la presunta falta de información, y es la posible causante de los perjuicios alegados, por lo tanto, es quien debe asumir los efectos del fallo.

Así mismo, que al momento de realizarse la afiliación o traslado a PORVENIR, NO existía disposición en la ley 100 de 1993, que regulara expresamente la forma en que se debía dar asesoría para el cambio de régimen.

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

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 09 de junio de 2022, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en el sentido estricto de la afiliación de la señora MERCEDES GUTIERREZ ROJAS, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. suscrita el día 11 de enero del año 1996, por los motivos expuestos, en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales que el traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad no surtió efectos.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. a devolver al régimen de prima media con prestación definida todos los valores que hubiera recibido con motivo 3 de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el Art. 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones.

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

CUARTO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubieren causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de los Administración y demás conceptos establecidos en el Art. 20 y 60 de la Ley 100 de 1993 en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio siguiendo las reglas del art. 963 del Código Civil.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A fijando como agencias en derecho en favor de la parte demandante, la suma de UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

SEXTO: REMITIR EL PRESENTE EXPEDIENTE a la oficina judicial para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, de conformidad con el Art. 69 del CPL y SS, teniendo en cuenta que se emite una decisión en contra de los intereses de Colpensiones.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información al afiliado al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado. En relación a lo anterior, para el despacho existió una afectación del derecho fundamental de dignidad

de la trabajadora 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 de la afiliada, que tenía derecho a recibir una información veraz.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

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

Se refirió a la obligatoriedad que surge de recibir al demandante dentro del régimen de prima media, por cuanto esa situación genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que el demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca 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, enfatizó en la excepción de prescripción formulada en la contestación de la demanda.

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.

PARTE DEMANDADA- PORVENIR

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

Así mismo, no compartió el fallo en lo relacionado a que se debe devolver la totalidad de los descuentos realizados por el fondo; esto, dado que consideró que se ordena la retribución de todos los rendimientos que produjo esos aportes pensionales cuando estuvieron en Porvenir, pero se niega el derecho a Porvenir de descontar los gastos de administración, y a su vez, de también reconocer sumas como las primas que se pagaron para los seguros de invalidez, vejez y muerte, lo que, a su juicio, es un absurdo porque se incurre en una injusticia de parte del sistema judicial debido que además de llevarse el rendimiento, no se reconocen los gastos en los que incurrió el fondo, siendo claro el Código Civil cuando habla de las restituciones mutuas en los casos como el siguiente, en su artículo 964 inciso final dice: “En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”.

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.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, los cuales 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 el día 11 de enero del año 1996 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 las AFP PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES entidad a la que se encontraba afiliada con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Esto, conforme a la excepción de prescripción planteada por Colpensiones.
4. Por último, se revisará la inconformidad 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 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 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 PROTECCIÓN S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento de la señora MERCEDES GUTIERREZ ROJAS 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

liguen 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 la afiliada 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 MERCEDES GUTIERREZ ROJAS afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PROTECCIÓN S.A., lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que la demandante MERCEDES GUTIERREZ ROJAS estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida el 04 de mayo de 1988, hasta que se

trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación al fondo de pensiones DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A el día 11 de enero de 1996 y posteriormente se traslada entre administradoras a PORVENIR, el día 01 de octubre de 2009.

Luego entonces, de las pruebas arrimadas al proceso se observa en formato de vinculación N.º 60001274908 de fecha 11 de enero de 1996 aportado en la demanda e historias laborales de la demandante aportadas en las contestaciones de la demanda, que el traslado de régimen que hiciere inicialmente el demandante de COLPENSIONES a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., se suscribió y materializó en enero de 1996.

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 de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PROTECCIÓN S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que, en este caso en particular, suministró a la demandante MERCEDES GUTIERREZ ROJAS 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 dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, a la demandante en todo lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica como la contenida en la solicitud de vinculación, no es suficiente para inferir que existió una decisión documentada por parte de la actora, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva PROTECCIÓN

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 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 MERCEDES GUTIERREZ ROJAS 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 la suscripción del formulario por la demandante en el mes de enero de 1996, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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...”

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PROTECCIÓN y de este al fondo PORVENIR, S.A., las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer 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 la afiliada hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización.

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, y que fue materia de inconformidad por estas, la cual se procede a denegar su prosperidad bajo los siguientes razonamientos.

La selección de régimen pensional es un acto derivado de la relación de afiliación (artículo 13 de la Ley 100 de 1993, hoy modificado por el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994), de tal suerte que la circunstancias en que se dio el traslado al Régimen de Ahorro Individual con

solidaridad de la demandante, precedido del deber del buen consejo por parte de la administradora de pensiones en la oferta precontractual de servicios que en el presente caso no se avizora, fue, en esencia, la forma en que nació a la vida jurídica el HECHO DE LA AFILIACIÓN al régimen de ahorro individual, por lo tanto, esa concreta situación fáctica que resulta inherente a la consolidación del ESTATUS PENSIONAL de la demandante no está sujeta al fenómeno de la prescripción, lo que igualmente se predica de la condición de afiliado y los actos que emanen de tal condición, pues de allí surge el derecho a percibir y disfrutar vitaliciamente de la respectiva pensión.

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

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

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

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

Igualmente, este criterio de imprescriptibilidad tiene sustento en argumentos expuestos en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, en providencia STL4593 de 2015, Radicación 39718 siendo magistrado ponente Jorge Mauricio Burgos Ruiz, donde se señaló que la nulidad de traslado sería imprescriptible si estuviera estrechamente ligado con la adquisición del derecho pensional, como derecho fundamental y como

prestación económica ligada al mínimo vital y al derecho al trabajo del demandante, y el mismo estuviere amenazado con la proposición del medio defensivo de la prescripción.

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

COSTAS PROCESALES

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

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, materia de inconformidad por las entidades demandadas debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio, por lo que al resultar esta entidad vencida en juicio, es procedente la condena impuesta por el A quo, debiéndose CONFIRMAR la misma.

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., PROTECCIÓN y PORVENIR, S.A en favor de la demandante.

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

VIII RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 09 de junio 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., PROTECCIÓN y PORVENIR S.A., y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

En permiso
ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de Diciembre de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2.022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2021-00227-00
RADICADO INTERNO:	20.071
DEMANDANTE:	LUZ DARY SUAREZ MENDOZA
DEMANDADO:	CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 17 de agosto de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

La señora LUZ DARY SUAREZ MENDOZA, interpuso demanda ordinaria laboral contra la CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER, solicitando que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el 19 de marzo de 2.010 y terminó el 09 de enero de 2.020 por decisión unilateral de la actora. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a la pasiva reconocer y pagar a su favor: el auxilio de cesantías causado durante la relación laboral por valor de \$8.287.626,41, la suma de \$91.676.683 como indemnización por mora en el pago de prestaciones sociales liquidadas hasta el 09 de enero de 2.020 conforme a la Ley 50 de 1.990 y la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales en un valor diario de \$129.530,66 a partir del 10 de enero de 2.020.

Expuso como fundamento fáctico de sus pretensiones:

- Que se vinculó a la demandada a partir del 19 de marzo de 2010, mediante la celebración de un contrato de trabajo a término indefinido.
- Que desempeñó el cargo de Coordinadora Medica, percibiendo un salario mensual de \$4.077.883 en el año 2018 y de \$3.885.917 en los años 2019 y 2020.
- Que terminó el contrato de trabajo de manera unilateral el día 09 de enero de 2.020.
- Que la demandada no le pagó el auxilio de cesantías correspondiente a los años 2018, 2019 y 2020.

La demandada CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER a través de apoderado judicial dio contestación a la demanda de la siguiente manera:

- Que son ciertos los hechos narrados sobre el contrato de trabajo suscrito por las partes, la duración del mismo y la renuncia voluntaria de la demandante. Que por acuerdo entre las partes el día 19 de marzo de 2.010 se suscribió un

otrosí a través del cual se modificaron cláusulas, en el que se indicó que el trabajador de manera ocasional y transitoria a la labor inicialmente contratada realizaría actividades de Coordinación durante la jornada laboral y previa autorización escrita del empleador, situación que fue reiterada en otrosí suscrito el 01 de noviembre de 2.011. Que no se opone a la pretensión relacionada a que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 19 de marzo de 2010 hasta el 09 de enero de 2.020.

- Que no es cierto lo narrado por la actora respecto a los salarios devengados en los años 2018, 2019 y 2020, pues para esas vigencias le correspondió la suma de \$3.293.000 más una remuneración adicional de 164.600, conforme se evidencia en los desprendibles de nómina que aporta. Que el auxilio adicional se reconoció por mera liberalidad de esa entidad y las partes pactaron que el mismo no constituiría salario.
- Que se causaron cesantías por valor de: \$3.457.600 en el año 2.018, \$3.409.578 en 2.019 y \$86.440 en el año 2020, que este último valor fue incluido en la liquidación final del contrato. Que es cierto que el auxilio de cesantías de los años 2018, 2019 y 2020 no ha sido pagado, pero aclara que en ningún momento desconoce los derechos laborales causados en favor de la actora, pues si bien se han presentados leves retrasos, ello ha sido consecuencia de la difícil situación económica que se presentó en el sector salud con ocasión a la intervención de SALUDCOOP EPS, entidad con la que esa institución tenía relaciones contractuales y que la dejó con unas acreencias pendientes por pago.
- Que en la liquidación de contrato se incluyeron los conceptos de vacaciones por liquidación, prima de servicios, cesantías, intereses sobre cesantías y remuneración adicional; que se realizó un descuento por pgs progressa y quedo como saldo final para pago la suma de \$10.000.
- Que se opone a la pretensión de la demanda relacionada al pago de auxilio de cesantías porque este corresponde al valor que se menciona en la contestación de la demanda, así mismo, se opone a la indemnización moratoria, porque esta no opera de manera automática, se requiere acreditar la mala fe por parte del emperador en la no cancelación de las acreencias y en este caso se demuestra que en ningún momento obedeció a una actitud malintencionada de su parte a fin de perjudicar o menoscabar los derechos laborales de la trabajadora, por el contrario, fue el resultado de una situación coyuntural, impredecible y de fuerza mayor que a la fecha no ha sido superada, y por lo tanto también resulta improcedente el cobro por concepto de indemnización moratoria por el retardo en el pago de la liquidación final de contrato
- Propuso como excepciones de mérito: prescripción; carácter no salarial de las prestaciones o primas extralegales concedidas a mera liberalidad por parte del empleador; inaplicación de la sanción: indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T. en función de la ausencia del dolo y mala fe; imposibilidad de la concurrencia de las sanciones previstas en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y la contenida en el artículo 65 del C.S.T. y la genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 17 de agosto de 2.022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR, que entre la señora Luz Dary Suarez Mendoza, como trabajadora y la Corporación Mi Ips Norte de Santander, como empleador, existió un contrato de trabajo desde el día 19 de marzo del año 2010 al día 9 de enero del año 2020.

SEGUNDO: CONDENAR a la Corporación Mi Ips Norte de Santander, a reconocer y pagar, a favor de la demandante los siguientes valores y conceptos: a.) Por

concepto de cesantías adeudadas de los años 2018 a 2020, la suma de \$6.953.618 pesos; b.) Por concepto de indemnización moratoria por la consignación de cesantías del año 2018, conforme a lo establecido en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, la suma de \$39.647.146 pesos, liquidadas desde el día 15 de febrero del año 2019 al día 9 de enero del año 2020; c.) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, un día de salario por cada día de retardo, liquidado desde el día 10 de enero del año 2020 al 9 de enero del año 2022, lo cual asciende a la suma de \$82.982.400 pesos, y a partir del día de 10 de enero del año 2022, hasta cuando se efectuó el pago de las cesantías, se reconocerá intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superfinanciera sobre el valor adeudado y al día que se pague el mismo.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Fijar como agencias en derecho en favor de la parte demandante, la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Relevó del debate probatorio que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 19/03/2010 hasta el 09/01/2020, mediante el cual se vinculó a la demandante como Coordinadora Medica. Igualmente, que la entidad demandada no ha cancelado ni consignado al fondo de cesantías correspondiente, las cesantías de los años 2018, 2019 y 2020. Así mismo, según lo aceptado en la contestación de la pasiva, que el valor adeudado por conceptos de cesantías asciende a \$3.457.600 para el 2018, \$3.409.578 para el 2019 y \$86.440 para el año 2020.

- Que el problema jurídico a resolver es verificar si hay lugar a la imposición de las sanciones moratorias solicitadas en la demanda por la no consignación de las cesantías y el no pago de las cesantías a la terminación del contrato de trabajo. Al respecto expresó una tesis positiva, por lo que accede a las pretensiones de la demanda y despacha de manera desfavorable las excepciones de mérito planteadas.

- Que la interpretación que le ha dado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral a la imposición de las sanciones moratorias solicitadas en la demanda, ha sido pacífica y reiterada en providencias como la 7393 de 1.995 y la sentencia con radicado 37288 del año 2.012, en las que se ha expuesto que su aplicación no es automática ni inexorable, de manera que con la sola verificación de mora en el pago del salario o prestaciones sociales no se puede imponer, que debe mediar un análisis de la conducta patronal de manera que si existe una buena fe en su actuar debe exonerarse de esta y puede así mismo exonerarse en caso de la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito, lo que en todo caso deberá probar el empleador.

- Que la pasiva advirtió que se encuentra imposibilitada para el pago de las cesantías en favor de la actora, en virtud a la crisis económica que ha sufrido la empresa a partir de la liquidación ordenada a la EPS SALUDCOOP, con quien tenía diferentes convenios. Que para acreditar lo anterior, la demandada allegó la resolución 1960 del 06 de marzo de 2.017 y el anexo a la misma, a través de los cuales se evidencia que se hizo la calificación de las acreencias en el proceso de liquidación de la EPS citada, pruebas que no acreditan per se la crisis económica a la que hace referencia la pasiva. Indicó sobre las situaciones en las que el empleador se encuentra inmerso en una crisis económica que lo lleva a requerir el trámite de restructuración o de liquidación judicial, lo cual no sucede en este evento, que no se considera por si solo como un eximente de responsabilidad frente al cubrimiento de las acreencias laborales de un trabajador, debiéndose examinar en cada caso en particular si estuvo presente o no el elemento de la buena fe en el actuar del empleador, como lo explicó la Honorable Corte Suprema de Justicia en las sentencias citadas.

- Recordó que el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral ha establecido que la conducta del empleador que debe ser evaluada es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, para el caso de la indemnización consagrada en el artículo 65 del C.S.T., en el

momento de la terminación del contrato de trabajo y para el pago de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, en el instante en que legalmente se deben consignar las cesantías en el Fondo, siendo claro que la mora no puede excusarse con situaciones posteriores y diferentes de la conducta desplegada por el deudor en el momento en que tenía que pagar, conforme a la sentencia SL 485 de 2003.

- Que por lo anterior, no es posible relevar a la demandada de la imposición de la sanción moratoria solicitada por la parte demandante por la no consignación de cesantías y el pago de las mismas al momento en que finalizó el vínculo laboral, por la supuesta crisis económica advertida por la pasiva, pues dejando a un lado la falta de prueba en ese sentido, conforme al artículo 28 de C.S.T., a la trabajadora demandante se le puede hacer partícipe de los beneficios del empleador pero nunca de sus riesgos o pérdidas, bajo tal presupuesto, a pesar de que exista una crisis económica que afecte la finanzas de la entidad demandada, esta circunstancia no puede ser oponible a los derechos laborales de la actora y en este sentido existe la obligación del pago de las cesantías de los años 2018, 2019 y 2020 en favor de la trabajadora, hoy demandante y por no haberse efectuado en la oportunidad correspondiente, hay lugar a imponer las sanciones moratorias por la no consignación de cesantías y por el no pago de estas al momento de finalizar el vínculo laboral conforme al artículo 99 de la Ley 50 de 1.990 y el artículo 65 del CS.T., respectivamente.

- Que conforme al artículo 151 de CPL y 488 del CST, los derechos labores o las acciones sociales prescriben en un término de 3 años. Que las cesantías no están prescritas por el reconocimiento de la deuda por parte de la demandada y teniendo en cuenta que la causación del derecho de esta prestación social surge al finalizar el vínculo laboral, lo cual se dio el 09 de enero de 2020 y la demanda fue presentada el día 23 de junio de 2.021. Que en cuanto a la moratoria por la no consignación de cesantías se tiene que esta surge exclusivamente respecto al año 2018, lo cual se debió hacer a mas tardar el 14 de febrero de 2019, fecha a partir de la cual se causa el derecho a esta indemnización y por ende no transcurrió el trienio que imposibilita el mismo, por lo que hay lugar su reconocimiento. Que no hay lugar a reconocer indemnización por la no consignación de cesantías del año 2.019 porque el vínculo laboral feneció el 09 de enero de 2020, fecha anterior al límite máximo para la consignación de las cesantías conforme a las Ley 50 de 1990.

- Que por lo anterior, tiene derecho la actora a la indemnización por no consignación de cesantías del año 2018, a un día de salario por cada día de retardo en la consignación de este concepto, desde el 15 de febrero de 2019 al 09 de enero de 2020, liquidación que se hace teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación que surge a partir del valor aceptado por las partes como deuda de cesantías del año 2018, efectuada la liquidación correspondiente, la demandante tiene derecho a la suma de \$39.647.146.

- Que en lo relativo a la indemnización moratoria por el no pago de cesantías de los años 2018 al 2020 al momento de finalizar el contrato de trabajo, se advierte que estas no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo ya que la causación de este derecho surge al finalizar el vínculo laboral. Que, por lo anterior, tiene derecho la demandante a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías conforme al artículo 65 del C.S.T., desde el día en que finalizó el vínculo laboral hasta por 24 meses y a partir del mes 25 al pago de intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superfinanciera sobre el valor adeudado, esto es sobre el valor total de las cesantías liquidadas en la suma de \$6.953.618. Que efectuada la liquidación correspondiente se tiene que, desde el 10 de enero de 2020 al 09 de enero de 2022, con el IBL que surge para el 2020, el derecho para la demandante por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del CST, es por valor de \$82.982.400; que a partir del mes 25 y hasta cuando se efectúe el pago el capital adeudado por concepto de cesantías la pasiva deberá reconocer intereses moratorios a la tasa máxima establecida por la Superfinanciera para el momento.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1. De la parte demandada:

El apoderado de la parte demandada CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que la demandada es una institución prestadora de servicios de salud que al amparo de la Ley 100 de 1.993 suscribió con la EPS SALUDCOOP un contrato de prestación de servicio asistencial del Plan obligatorio de Salud del régimen contributivo bajo la modalidad de capitación, que esta relación contractual establecía al tenor del artículo 4 una cláusula de exclusividad, en virtud de la cual la pasiva prestaba el servicio única y exclusivamente a la población de usuarios de la EPS citada y se encontraba ante la imposibilidad de establecer relaciones comerciales con alguna otra Empresa Promotora de Salud, por lo que todos sus recursos se aplicaban a la prestación de servicios de esa EPS.

- Que no obstante lo anterior, en virtud de la intervención y actual proceso de liquidación de SALUDCOOP EPS, ordenado por la Superintendencia Nacional de Salud mediante la Resolución 2414 del 24 de noviembre de 2015, el contrato ejecutado con esa EPS fue cedido a la EPS CAFESALUD y posteriormente mediante la Resolución 2422 de 2015, se realizó traslado a CAFESALUD, razón por la cual se suscribieron relaciones contractuales con esta última EPS.

- Que en virtud de la Resolución 2426 de 2.017 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, se aprobó la cesión de los contratos asociados a la prestación de servicios de salud a la EPS MEDIMAS, por lo que se suscribieron relaciones contractuales con esa entidad, no obstante, mediante la resolución N° 2022320000864-6 del 08 de marzo de 2.022, se ordenó la intervención forzosa administrativa para liquidar esa EPS, única y exclusiva entidad contratante de su representada, lo que acrecentó la dificultad económica de la misma y así se demuestra que en ningún momento el retraso del pago de las acreencias laborales causadas a favor de la demandante obedece a una actitud malintencionada por parte del empleador a fin de perjudicar o menoscabar los derechos laborales de la misma, por el contrario, fue resultado de una situación coyuntural, impredecible y de fuerza mayor, argumentos que deben ser avalados a fin de determinar que la indemnización moratoria deprecada no aplica de manera automática y para su procedencia se debe verificar el actuar del empleador, por lo que solicita se revoque la sentencia, absolviendo a la demandada.

4. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:** No presentó alegatos.

- **PARTE DEMANDADA:**

El apoderado de la demandada CORPORACION MI IPS NORTE DE SANTANDER solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se absuelva a su representada de todas las pretensiones de la demanda, manifestando que los motivos en los cuales se fundan los incumplimientos respecto al pago de los derechos laborales de la demandante, no obedecieron a una actitud malintencionada por parte del empleador a fin de perjudicar o menoscabar los derechos laborales del trabajador, sino que, fue el resultado de una situación sistemática de fuerza mayor de todo el sistema de salud.

Resaltó que la entidad intentó agotar las demás fuentes de financiamiento externo para así poder tener acceso al sector financiero, pero dada la volatilidad del sector salud, no pudo acceder a las mismas.

Finalmente indicó que la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la establecida en el artículo 65 del C.S.T., no son concurrentes entre ellas.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

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

¿Resulta procedente condenar a la CORPORACIÓN MI I.P.S. NORTE DE SANTANDER por no consignar de forma oportuna las cesantías según la Ley 50 de 1.990 y por la mora en el pago de prestaciones finales conforme a lo establecido en el artículo 65 del C.S.T.?

7. CONSIDERACIONES

En este caso, se tiene no fue objeto de controversia la existencia de la relación laboral, la duración de la misma, el cargo desempeñado por la actora durante la vinculación laboral, ni el salario que devengaba y tampoco lo fue el hecho de que al terminar el contrato no se cancelaron a la demandante las cesantías correspondientes a los años 2018, 2019 y la fracción laborada en el 2020, de acuerdo a lo referido en la demanda y lo que fue aceptado en la contestación a la misma, existiendo solo discrepancia frente a la imposición de sanciones moratorias, pues la pasiva alega que no actuó de mala fe.

El a quo resolvió condenar a la parte demandada, una vez advirtió que no se consignaron al Fondo correspondiente las cesantías del año 2.018 y que terminado el vínculo laboral, no se le cancelaron a la actora las cesantías correspondientes al año 2019 y a la fracción de tiempo que laboró en el año 2020, por lo que impuso el pago de la prestación social adeudada, así como las sanciones moratorias establecidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1.990 y en el artículo 65 del C.S.T., al concluir que la pasiva no acreditó la crisis económica que alegaba, lo que no obstante, no la exime de la responsabilidad que tiene respecto a las acreencias adeudadas a la demandante, sobre las cuales se encuentra mora.

Por su parte la demandada en su apelación, indica, que el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones no fue resultado de una actuación de mala fe sino consecuencia de la liquidación de SALUDCOOP, CAFESALUD y MEDIMAS, quienes la dejaron con unas acreencias pendientes por pago que imposibilitaron cumplir con los derechos laborales de la actora.

Significa lo anterior, que no será objeto de controversia en segunda instancia por virtud del principio de consonancia contenido en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., lo correspondiente a la relación declarada y las condenas en contra de la CORPORACIÓN MI I.P.S. NORTE DE SANTANDER; en esa medida y siendo el único asunto apelado las indemnizaciones moratorias.

Respecto a las sanciones moratorias objeto del recurso, el numeral 3. ° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 señala que: *“El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.”*

En el numeral 4. ° de dicho artículo se consagra: *“Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.”*

Atendiendo las disposiciones legales citadas, tenemos en principio, que la indemnización mencionada en el artículo 99 ibídem en el presente caso solo aplica para las cesantías correspondientes al año 2018, las cuales no fueron canceladas al Fondo de forma oportuna, esto es antes del 15 de febrero del año 2019, ya que respecto de las cesantías correspondientes al año 2019, no había fenecido el plazo establecido por la norma para que fueran consignadas al Fondo correspondiente, por lo tanto, al haber finalizado la relación laboral el 09 de enero de 2020, dicho auxilio de cesantías junto al generado por el tiempo laborado en 2020, debía haberse pagado a la demandante en forma directa.

Por su parte el artículo 65 del C.S.T. establece: *“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.”*

En el presente trámite no existe discusión en cuanto a que, al momento de la terminación de la relación laboral, a la demandante se le adeudaban las prestaciones sociales de auxilio de cesantías de los años 2018, 2019 y del tiempo laborado en el 2020, las cuales han estado en mora desde la finalización de la relación laboral, esto es desde el 09 de enero de 2020.

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

Esta noción que rechaza la aplicación automática de la indemnización moratoria se extiende a la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, indicando la Sala de Casación Laboral en sentencia SL3492 de 2018, que *“para su imposición el fallador debe analizar la conducta del empleador a efectos de establecer si la omisión en la consignación de las cesantías estuvo revestida de buena fe de parte aquel para, de esta manera, proceder a eximirlo de su pago”.*

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

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

Ante esto, se debe determinar la conducta del empleador al omitir consignar de forma oportuna las cesantías al Fondo durante la vigencia de la relación laboral, así como, la relacionada con la falta de pago de las prestaciones laborales adeudadas al trabajador cuando ha finalizado la relación laboral, para lo cual no existe un

parámetro objetivo sino que compete al juzgador establecer si existió alguna justificación que permita entrever que el empleador entendía que no estaba obligado a cancelar los derechos reconocidos, o que estaba convencido de que existían serias razones objetivas y jurídicas para abstenerse de hacer los pagos.

Para el caso concreto, la demandada alega que adeuda las prestaciones a la actora debido a la afectación de sus finanzas, generada por el no pago de los servicios de salud que prestó a diferentes EPS, por lo que no ha actuado de mala fe, al respecto, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL2809 de 2019 recordó que el hecho de que una empresa atravesase dificultades económicas, no es una circunstancia que automáticamente la coloque en situación de buena fe y como consecuencia, la releve de ser condenada a la indemnización moratoria, y recalca que se trata de una postura sostenida en decisiones anteriores, como la sentencia SL2448 de 2017 donde se explica que el hecho de que una empresa atravesase dificultades económicas que le lleven a acudir al trámite de reactivación empresarial e inclusive la insolvencia económica o iliquidez, es una circunstancia que:

“por sí solo, no lo exonera de la imposición de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto, incluso en estos eventos, el patrono puede ejecutar actos contrarios a la buena fe en el no pago de acreencias adeudadas a los trabajadores a la terminación del contrato, por lo que es necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento del patrono para, de esta manera, predicar su buena fe”.

De esta manera, la mera alegación de la demandada de encontrarse atravesando una difícil situación económica debido a la crisis que presentó el sistema de salud, por sí sola no la absuelve de las indemnizaciones moratorias a las que fue condenada, sino que se debe analizar en conjunto con las demás pruebas, para establecer, si se encuentran debidamente acreditadas actuaciones denotativas de buena o mala fe que permitan dirimir la procedibilidad de la condena sancionatoria.

Así las cosas, como se ha señalado en casos anteriores, no observa la Sala probidad en el proceder de la CORPORACION MI I.P.S NORTE DE SANTANDER al aducir que se encontraba en una difícil situación económica debido a la crisis que atravesó el sistema de salud y que por tal razón no pagó las prestaciones sociales, en la medida en que, aun probada la situación de crisis económica de la empresa por esta situación y el conocimiento pleno de los trabajadores de este hecho, tal situación no es óbice para no cumplir con las obligaciones labores que tenía a cargo la IPS demandada, porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados, sino que alega no poder pagarlos por razones económicas y no debe perderse de vista, que los trabajadores no asumen los riesgos o pérdidas del patrono, tal como lo prevé el artículo 28 del C.S.T.

Agregado a ello, los créditos causados por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás, tal como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990.

De otra parte, se descarta que la insolvencia económica que aduce haber presentado la demandada, pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, y aun configurándose como un hecho fortuito, según la tesis que ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (ver sentencia con radicado 34288 de enero 24 de 2012):

*“el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso **debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis**”.*

Frente a tal, no existe prueba alguna en el plenario que denote que el empleador tomó las medidas necesarias para amortiguar la falta de recursos económicos, ni tampoco existe un elemento de convicción que indique que la IPS aludida ejerció

acciones tendientes al cumplimiento de las obligaciones laborales y remedio a la crisis.

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

Significa lo anterior, que, del expediente no se desprende probanzas concretas sobre la existencia de buena fe en el actuar del empleador al no cancelar oportuna y debidamente las prestaciones laborales al demandante; por lo que se confirmará la sentencia impugnada que condenó por este concepto.

Ante ello, al no proceder el recurso de apelación se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, fijando como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor del demandante.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil veintidós (2.022) proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo explicado en la parte motiva.

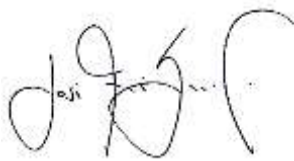
SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor del demandante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**

(En permiso)

**ELVER NARANJO
MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 1 de diciembre de 2022



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Clase de Proceso: Ejecutivo

Radicado Juzgado: 54-001-31-05-003-2010-00097-01

Partida Tribunal: 19.718

Juzgado: Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: LUIS ALBERTO PEÑA VILLAMIZAR

Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER E.S.P. S.A.

Asunto: Apelación de Auto que resuelve sobre el mandamiento de pago

AUTO INTERLOCUTORIO

MAGISTRADO PONENTE:

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

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

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte ejecutante, contra la providencia fechada el primero (1º) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se libró mandamiento de pago deprecado dentro del proceso ejecutivo laboral con Radicado N.º 54-001-31-05-003-2010-00097-01 y Partida de este Tribunal N.º 19.718, promovido por (1) LUIS ALBERTO PEÑA VILLAMIZAR, (2) FRANCISCO JOSÉ PÉREZ ARÉVALO, (3) JOSÉ MIGUEL ARARAT, (4) LUIS ALFREDO RUIZ GALLEGU, (5) JORGE ENRIQUE JAIMES C., (6) LIBARDO VERGEL SÁNCHEZ, (7) MIGUEL ANGEL SUAREZ SÁNCHEZ, (8) MANUEL MERCHAN DUQUE, (9) SAID ALONSO URQUIJO RINCÓN, (10) JAIRO TORRES CONTRERAS, (11) EUSEBIO CASTRO VELASQUEZ, (12) RENSO VELANDIA HERRERA, (13) JAIME ALONSO LEAL TRIGOS, (14) WILLIAM MORENO ACERO, (15) FRANCISCO JOSÉ NEIRA JAUREGUI, (16) ALVARO ENRIQUE DURÁN PEÑA y (17) RODRIGO MARTÍNEZ DUQUE mediante apoderado judicial, en contra de la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER E.S.P. S.A.

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

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

La alzada es procedente conforme a lo normado en el numeral 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.

OPORTUNIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN

Según consta en el expediente digital, y conforme a la fecha de la providencia impugnada 1º de diciembre de 2021, se tiene que el recurso fue instaurado en la oportunidad procesal que dispone el artículo 65 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 29 de la ley 712 de 2001, numeral 1 del inciso segundo, esto es, por escrito dentro de los cinco días siguientes a la notificación por estados del auto controvertido (impugnado el 07 de diciembre de 2021-PDF.20).

COMPETENCIA DE LA SALA

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

ANTECEDENTES

La parte activa, por medio de apoderado judicial instauró demanda ejecutiva, en contra de CENS E.S.P. S.A., con el objeto que se librara mandamiento de pago a su favor, por los valores que la empresa descontó y/o no pago a los demandantes desde la fecha en que a cada uno le fue reconocida la pensión de jubilación convencional y hasta la fecha en que se retiraron efectivamente del servicio, o sea el 31 de agosto de 2009, previo descuento de valores, recibidos por concepto de mesada pensional por el mismo periodo de la siguiente manera:

- (1) LUIS ALBERTO PEÑA VILLAMIZAR: \$54.939.501
- (2) FRANCISCO JOSÉ PÉREZ ARÉVALO: \$36.348.186
- (3) JOSÉ MIGUEL ARARAT NEGRON: \$134.256.634
- (4) LUIS ALFREDO RUIZ GALLEG0: \$18.783.866
- (5) JORGE ENRIQUE JAIMES C.: \$96.068.548
- (6) LIBARDO VERGEL SÁNCHEZ: \$77.939.366
- (7) MIGUEL ANGEL SUAREZ SÁNCHEZ: \$44.033.456
- (8) MANUEL MERCHAN DUQUE: \$15.324.063
- (9) SAID ALONSO URQUIJO RINCÓN: \$24.381.504
- (10) JAIRO TORRES CONTRERAS: \$44.756.674
- (11) EUSEBIO CASTRO VELASQUEZ: \$49.706.126
- (12) RENSO VELANDIA HERRERA: \$45.579.555
- (13) JAIME ALONSO LEAL TRIGOS: \$47.386.566
- (14) WILLIAM MORENO ACERO: \$26.728.689
- (15) FRANCISCO JOSÉ NEIRA JAUREGUI: \$65.787.848
- (16) ALVARO ENRIQUE DURÁN PEÑA: \$52.636.004
- (17) RODRIGO MARTÍNEZ DUQUE: \$55.982.717

Que se librara mandamiento de pago por concepto de intereses moratorios causados desde el 1º de septiembre de 2011 y hasta que se verifique el pago y las costas procesales.

Para fundamentar lo anterior, alega la parte ejecutante que, con fecha 27 de abril de 2012, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, al decidir sobre un recurso de apelación, CONDENÓ a la demandada a pagar a cada uno de los demandantes las sumas de dinero que les descontó por concepto de salarios y prestaciones sociales (legales y extralegales) devengados desde la fecha en que les fue reconocida su pensión de jubilación y hasta el 31 de agosto de 2009, pero deduciendo lo que por retroactivo pensional cancelo por el mismo tiempo. Igualmente, asegura que, la CSJ en sentencia del 27 de marzo de 2019 casó la decisión de segunda instancia en el sentido de absolver a la demanda en la condena al pago de la indemnización moratoria del art. 65 del CST, más los intereses de mora a partir del 01 de septiembre de 2011 a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera, sobre las sumas que por concepto de salario y prestaciones se encuentren adeudando y hasta cuando el pago se verifique. Sosteniendo que, a la fecha, la empresa ejecutada no ha pagado la totalidad de la obligación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante providencia de fecha 1º de diciembre de 2021 resolvió:

“PRIMERO: LIBRAR MANDAMIENTO de pago en contra de la sociedad CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P. y a favor de los demandantes, en los siguientes términos:

1. LUIS ALBERTO PEÑA VILLAMIZAR, por la suma de **\$39.089.123** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

2. FRANCISCO JOSÉ PÉREZ ÁREVALO, por la suma de **\$22.628.032** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

3. JOSÉ MIGUEL ARARAT NEGRÓN, por la suma de **\$83.926.280** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

4. LUIS ALFREDO RUIZ GALLEG0, por la suma de **\$11.706.051** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

5. JORGE ENRIQUE JAIMES CONTRERAS, por la suma de **\$55.482.708** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

6. LIBARDO VERGEL SÁNCHEZ, por la suma de **\$59.262.576** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

7. MIGUEL ÁNGEL SÚAREZ SÁNCHEZ, por la suma de **\$33.471.775** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

8. MANUEL MERCHÁN DUQUE, por la suma de **\$9.048.535** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

9. SAID ANTONIO URQUIJO RINCÓN, por la suma de **\$10.764.174** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

10. JAIRO TORRES CONTRERAS, por la suma de **\$28.100.734** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

11. EUSEBIO CASTRO VELASQUEZ, por la suma de **\$67.184.434** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

12. RENSO VELANDÍA HERRERA, por la suma de **\$28.969.979** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

13. JAIME ALONSO LEAL TRIGOS, por la suma de **\$31.007.556** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

14. WILLIAM ROMERO ACERO, por la suma de **\$17.391.454** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

15. FRANCISCO JOSÉ NEIRA JAUREGUI, por la suma de **\$45.346.090** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

16. ÁLVARO ENRIQUE DURÁN PEÑA, por la suma de **\$36.668.834** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

17. ÁLVARO ENRIQUE DURÁN PEÑA, por la suma de **\$42.812.315** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

SEGUNDO: DECRETAR el embargo de cuentas bancarias corrientes, de ahorros y CDT en las entidades bancarias referenciadas en la demanda ejecutiva que posea la sociedad **CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P.**, hasta por la suma de **\$650.000.000**, como medida cautelar conforme los numerales 4 y 10 del artículo 593 del Código General del Proceso –CGP-, debido a que estas

tienen como finalidad evitar de manera anticipada la producción de un posible daño a los demandantes mientras transcurren las etapas del proceso.

TERCERO: NOTIFICAR POR ESTADO la providencia a la parte ejecutada de conformidad con el artículo 306 del C.G.P., aplicable en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T.S.S.S., otorgándole el término legal para formular las excepciones y recursos contra la presente decisión.

(...)"

La Juez A quo fundamentó su decisión conforme a los siguientes supuestos: advirtió que:

- Mediante sentencia de primera instancia del 30 de septiembre de 2011, se declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones y se absolvió a la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P. de las pretensiones incoadas en su contra por los demandantes (Fol. 405 a 485).
- La anterior decisión fue apelada por la parte demandante, y revocada en segunda instancia por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Cúcuta, mediante sentencia del 27 de abril de 2021 (folio 512 a 526). , **en la cual se condenó a la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. a reconocer y pagar a los demandantes “...las sumas de dinero que les descontó por concepto de salarios y prestaciones legales y convencionales devengados desde la fecha en la que le fue reconocida su pensión de jubilación y hasta el 31 de agosto de 2009, pero deduciendo lo que por retroactivo pensional se canceló por el mismo lapso.”** Igualmente, en el numeral tercero de esa providencia se condenó a la sociedad demandada a reconocer y pagar la sanción moratoria del artículo 65 del CST.
- En dicha providencia se accedió a la compensación solicitada por la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., autorizando que se descontara lo reconocido por concepto de retroactivo pensional de las sumas correspondientes a salarios y prestaciones sociales que debían ser restituidas a los trabajadores.
- Al resolverse el recurso extraordinario de casación la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia del 27 de marzo de 2019, casó el numeral tercero de la sentencia anterior, y absolvió a la sociedad demandada de la indemnización moratoria (fol. 647 a 664).

Sostuvo que mediante auto del 30 de julio de 2019 se profirió auto de obedecer y cumplir y el 02 de agosto de 2019 se fijaron las agencias en derecho a favor de cada uno de los demandantes, por lo que, las sentencias referenciadas se encontraban debidamente ejecutoriadas y hacen tránsito a cosa juzgada según lo prevé el artículo 302 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T.S.

Que posterior a la solicitud de libramiento de pago por las sumas debida a favor de los demandantes, la ejecutada CENS informó que pagó a cada uno de los demandantes lo correspondiente a las costas procesales previo a que se realizara un cruce de cuentas con las costas impuestas a cargo de los demandantes dentro del proceso ordinario laboral radicado N. 2013-00184 y en el trámite extraordinario del recurso de casación dentro del proceso de la referencia, con la autorización del apoderado de los demandantes.

Que mediante auto del 24 de octubre de 2019 (fol. 748 a 750), se ordenó la entrega de las sumas de dinero que la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., consignó a favor de cada uno los demandantes para darle cumplimiento a la sentencia, conforme se señaló en el memorial obrante a **folios 667 a 670**, conforme a lo siguiente: (1) José Miguel Ararat Negro \$16.877.159, (2) Manuel Merchán Duque \$1.229.425, (3) Said Antonio Urquijo Rincón \$2.036.953, (4) Jairo Torres Contreras \$2.206.953, (5) Eusebio Castro Velásquez \$339.200, (6) Jaime Alonso Leal Trigos \$2.627.684, (7) Francisco José Neira Jauregui \$4.343.454, (8) Álvaro Enrique Durán Peña \$3.978.082 y (9) Roberto Martínez Duarte \$233.690.

Expuso la Juez, que la sentencia base de ejecución, fue dictada en abstracto “*en la medida que no se establecieron de forma concreta los valores que le debe corresponder a cada uno de los demandantes por concepto de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales causadas desde el momento en que se causó el derecho a la pensión de jubilación, ni se determinó el valor pagado efectivamente a cada uno por concepto de retroactivo pensional para efectos de aplicar la compensación, en los términos que fueron ordenados en la sentencia*”. Por lo que, decidió oficiar a las partes para que aportaran de forma clara y precisa la certificación individual y mes a mes respecto de los valores generados por cada uno de los demandantes en virtud al contrato de trabajo que tenían vigente con la empresa, por concepto de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales, causadas desde la fecha en que le fue reconocida la pensión de jubilación a cada uno de ellos y a la fecha en que se terminó el contrato de trabajo (31 de agosto de 2009), determinando claramente a que corresponde el pago de cada acreencia laboral; igualmente, solicitó informar sobre las sumas que por el mismo periodo y mes a mes, les fue pagado por concepto de mesada pensional, discriminando exactamente que montos fueron descontados al momento del reconocimiento de la pensión; e incorporando los comprobantes de pago mes a mes de pago de salarios.

Aseveró que, como quiera que en la sentencia **únicamente se ordenó la devolución de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales descontadas ilegalmente a los trabajadores**, no tendría en cuenta las sumas que se hayan descontado legalmente por conceptos de descuentos terceros, fondos de ahorro, fondos médicos, retención en la fuente, etc., ni aquellos pagos por concepto de subsidios de alimentación o de transporte por no haberse realizado una mención en específico en la sentencia.

Analizó las pruebas documentales aportadas y concluyó:

- (1) Que al demandante LUIS ALBERTO PEÑA VILLAMIZAR, en el periodo que va del 01 de diciembre de 2008 al 31 de agosto de 2009, devengó \$54.223.313 y según decisión empresarial N. 123 de 10 de septiembre de 2009, se le descontó la suma de **\$39.089.123**, por conceptos de salarios y prestaciones sociales (fol. 18 a 21) y a pesar de que según la decisión anterior señaló que se le reconoció retroactivo pensional por la suma de \$42.811.666 se dejó constancia que durante la vigencia laboral no devengó mesada pensional sino salario porque la pensión se pagó desde el 1º de septiembre de 2009, es decir, no es procedente la compensación.
- (2) **FRANCISCO JOSÉ PÉREZ ÁREVALO**, en el periodo que va del 12 de noviembre de 2008 al 31 de agosto de 2009, devengó \$28.180.426 y según decisión empresarial N. 117 de 10 de septiembre de 2009, al demandante se le descontó la suma de **\$22.628.032**, por conceptos de salarios y prestaciones sociales y al no ser procedente la compensación por el retroactivo pensional, se ordena el pago de lo descontado por no existir prueba de suma alguna para cumplir la orden judicial.
- (3) **JOSÉ MIGUEL ARARAT NEGRÓN**, en el periodo que va del 01 de marzo de 2008 al 31 de agosto de 2009 devengó la suma de \$ 100.660.247 y según consta en la decisión empresarial N. 106 de 08 de septiembre de 2009, se le descontó la suma de **\$100.803.439**, por concepto de salarios y prestaciones sociales y en el curso del presente proceso se le pagó al actor la suma de **\$16.877.159** por concepto de cumplimiento de la sentencia y no hay prueba de pago de retroactivo pensional, se ordenó librar mandamiento de pago por la suma de **\$83.926.280** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.
- (4) **LUIS ALFREDO RUIZ GALLEGO**, en el periodo que va del 30 abril de 2009 al 31 de agosto de 2009, devengó la suma de \$23.442.466 y según consta en la decisión empresarial N. 105 de 07 de septiembre de 2009, se le descontó la suma de \$11.706.051, por conceptos de salarios y prestaciones sociales y no existe prueba de pago de retroactivo pensional ni de suma alguna para cumplir la orden judicial, librándose pago por la suma de \$11.706.051.
- (5) **JORGE ENRIQUE JAIMES CONTRERAS**, en el periodo que va del 18 agosto de 2008 al 31 de agosto de 2009 devengó la suma de \$ 80.847.013 y se le descontó \$55.482.708 según decisión empresarial No.120 de

septiembre de 2009 y no existe prueba de pago de retroactivo pensional ni de suma alguna para cumplir la orden judicial, librándose pago por la suma descontada.

(6) **LIBARDO VERGEL SÁNCHEZ**, en el periodo que va del 14 de abril de 2008 al 31 de agosto de 2009, devengó la suma de \$ 67.744.008 y se le descontó \$59.262.576 según decisión empresarial No.122 de septiembre de 2009 y no existe prueba de pago de retroactivo pensional ni de suma alguna para cumplir la orden judicial, librándose pago por la suma descontada.

(7) **MIGUEL ÁNGEL SÚAREZ SÁNCHEZ**, en el periodo que va del 20 de octubre de 2008 al 31 de agosto de 2009, devengó la suma de \$ 37.676.783 y se le descontó \$ 34.263.786 según decisión empresarial No.111 de septiembre de 2009 y en el curso del presente proceso se le pagó al actor la suma de **\$792.011** por concepto de cumplimiento de la sentencia y no hay prueba de pago de retroactivo pensional, se libró mandamiento de pago por la suma de **\$33.471.775** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

(8) **MANUEL MERCHÁN DUQUE**, en el periodo que va del 02 de junio de 2009 al 31 de agosto de 2009 devengó la suma de \$20.812.057 y se le descontó por concepto de salarios y prestaciones sociales \$10.277.960 según decisión empresarial No.103 de 04 de septiembre de 2009 y se le pagó al actor la suma de **\$1.229.425** por concepto de cumplimiento de la sentencia y no hay prueba de pago de retroactivo pensional, se ordenó librar mandamiento de pago por la suma de **\$9.048.535** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

(9) **SAID ANTONIO URQUIJO RINCÓN**, en el periodo que va del 29 de mayo de 2009 al 31 de agosto de 2009, devengó \$24.593.444 y se le descontó por concepto de salarios y prestaciones sociales \$ 12.801.127, según decisión empresarial No.109 de 08 de septiembre de 2009 y en el curso del presente proceso se le pagó al actor la suma de **\$2.036.953** por concepto de cumplimiento de la sentencia y no hay prueba de pago de retroactivo pensional, por lo que, ordenó librar mandamiento de pago por la suma de **\$10.764.174** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

- (10) **JAIR TORRES CONTRERAS**, en el periodo que va del 18 noviembre 2008 al 31 de agosto de 2009, devengó \$ 43.403.350 y se le descontó por concepto de salarios y prestaciones sociales \$ 30.307.687, según decisión empresarial No.115 de 09 de septiembre de 2009 y se le pagó al actor la suma de **\$2.206.953** por concepto de cumplimiento de la sentencia y no hay prueba de pago de retroactivo pensional, se ordenó librar mandamiento de pago por la suma de **\$28.100.734** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.
- (11) **EUSEBIO CASTRO VELASQUEZ**, en el periodo que va del 02 de mayo de 2008 al 31 de agosto de 2009, devengó \$ 65.985.292 y se le descontó por concepto de salarios y prestaciones sociales \$ 67.523.634, según decisión empresarial No.119 de 10 de septiembre de 2009 y en el curso del proceso se le pagó la suma de **\$339.200** por concepto de cumplimiento de la sentencia y no hay prueba de pago de retroactivo pensional, se ordenó librar mandamiento de pago por la suma de **\$67.184.434** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.
- (12) **RENZO VELANDÍA HERRERA**, en el periodo que va del 01 de diciembre de 2008 al 31 de agosto de 2009, devengó \$ 40.114.300 y se le descontó por concepto de salarios y prestaciones sociales \$ 28.969.979, según decisión empresarial No.116 de 09 de septiembre de 2009 y no se pagó valor alguno por cumplimiento de la orden judicial ni existe prueba de retroactivo pensional, por lo que, libró mandamiento de pago por el total descontado.
- (13) **JAIME ALONSO LEAL TRIGOS**, en el periodo que va del 01 de diciembre de 2008 al 31 de agosto de 2009 devengó \$ 34.073.224 y se le descontó por concepto de salarios y prestaciones sociales \$ 33.635.240, según decisión empresarial No.118 de 10 de septiembre de 2009 y en el curso del presente proceso se le pagó al actor la suma de **\$2.627.684** por concepto de cumplimiento de la sentencia y no hay prueba de pago de retroactivo pensional, se ordenó librar mandamiento de pago por la suma de **\$31.007.556**. y se le pagó en el curso del proceso la suma de \$2.627.684 por concepto de cumplimiento de la sentencia y no hay prueba de pago de retroactivo pensional, se ordenó librar mandamiento de pago por la suma de **\$31.007.556** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

- (14) **WILLIAM ROMERO ACERO**, en el periodo que va del 24 de marzo de 2009 al 31 de agosto de 2009, devengó \$41.810.121 y se le descontó \$17.391.454 según decisión empresarial No.128 de 17 de septiembre de 2009 y al no existir pago ni prueba del reconocimiento del retroactivo pensional se libró mandamiento de pago por el valor total de lo descontado.
- (15) **FRANCISCO JOSÉ NEIRA JAUREGUI**, en el periodo que va del 07 de abril de 2008 al 31 de agosto de 2009, devengó \$ 61.319.496 y en el curso del presente proceso se le pagó la suma de **\$4.343.454** por concepto de cumplimiento de la sentencia y no hay prueba de pago de retroactivo pensional, se ordenó librar mandamiento de pago por la suma de **\$45.346.090** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.
- (16) **ÁLVARO ENRIQUE DURÁN PEÑA**, en el periodo que va del 07 de abril de 2008 al 31 de agosto de 2009, devengó \$ 55.879.599, se le descontó según la decisión empresarial N. 124 del 10 de septiembre de 2009, la suma de \$40.646.315, por conceptos de salarios y prestaciones sociales y durante el curso del proceso se le pagó la suma de **\$3.978.082** por concepto de cumplimiento de la sentencia y no hay prueba de pago de retroactivo pensional, ordenando librar mandamiento de pago por la suma de **\$36.668.834** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.
- (17) **RODRÍGO MARTÍNEZ DUARTE**, en el periodo que va del 11 de junio de 2008 al 31 de agosto de 2009 según consta en la decisión empresarial N. 110 del 08 de septiembre de 2009, se le descontó la suma de \$43.046.315, por conceptos de salarios y prestaciones sociales y en el curso del presente proceso se le pagó al actor la suma de **\$233.690** por concepto de cumplimiento de la sentencia y no hay prueba de pago de retroactivo pensional, por lo que, decidió librar mandamiento de pago por la suma de **\$42.812.315** a título de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales.

EL RECURSO DE ALZADA Y SU SUSTENTACIÓN

La parte ejecutante inconforme con la decisión interpone recurso de apelación, solicitando que sea revocado el auto anterior en su totalidad y se proceda a ordenar librar mandamiento de pago contra la empresa ejecutada, por las siguientes acreencias laborales no liquidadas ni pagadas a la fecha de terminar el contrato de trabajo el día 31 de agosto de 2009, periodo fecha status pensional y fecha final del contrato de trabajo, tales como Auxilio de Cesantías, Intereses sobre cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicios y prima de carestía, conforme a:

	DEMANDANTES	D.E.- 2009	FECHA P.CONV.Y DE LIQ.FINAL PREST.SOCIALES	FECHA FINAL CONTRATO TRABAJO	TIEMPO NO LIQUIDADO NI PAGADO POR CENS S.A.	valor liq. Acreencias laborales
1	LUIS ALBERTO PEÑA VILLAMIZAR		01/12/2008	31/08/2009	-273	\$ 15.850.378
2	FRANCISCO JOSE PEREZ AREVALO		12/11/2008	31/08/2009	-292	\$ 13.720.154
3	JOSE MIGUEL ARARAT NEGRON		01/03/2008	31/08/2009	-548	\$ 33.453.195
4	LUIS ALFREDO RUIZ GALLEGO		30/04/2009	31/08/2009	-123	\$ 7.077.815
5	JORGE ENRIQUE JAIMES CONTRERAS		18/08/2008	31/08/2009	-378	\$ 28.544.914
6	LIBARDO VERGEL SANCHEZ		14/04/2008	31/08/2009	-504	\$ 18.676.790
7	MIGUEL ANGEL SUAREZ SANCHEZ		20/08/2008	31/08/2009	-376	\$ 9.769.670
8	MANUEL MERCHAN DUQUE		02/06/2009	31/08/2009	-90	\$ 5.046.103
9	SAID ANTONIO URQUIJO RINCON		29/05/2009	31/08/2009	-94	\$ 11.580.377
10	JAIRO TORRES CONTRERAS		18/11/2008	31/08/2009	-286	\$ 14.448.987
11	AUSEBIO CASTRO VELASQUEZ		02/05/2008	31/08/2009	-486	\$ 36.904.999
12	RENZO VELANDIA HERRERA		01/12/2008	31/08/2009	-273	\$ 16.609.576
13	JAIME ALONSO LEAL TRIGOS		01/12/2008	31/08/2009	-273	\$ 13.751.326
14	WILLIAM ROMERO ACERO		24/03/2009	31/08/2009	-160	\$ 9.337.235
15	FRANCISCO JOSE NEIRA JAUREGUI		07/04/2008	31/08/2009	-511	\$ 16.098.304
16	ALVARO ENRIQUE DURAN PEÑA		01/12/2008	31/08/2009	-273	\$ 11.989.088
17	RODRIGO MARTINEZ DUARTE		11/06/2008	31/08/2009	-446	\$ 12.936.402

Además, solicitó librar mandamiento de pago en favor de los demandantes y a cargo de la empresa CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S.A. ESP., por los intereses de mora según certificación de la Superfinanciera, desde el **01 de septiembre de 2011** y hasta que se verifique el pago, sobre cada uno de los valores de capital adeudados a los demandantes por la parte demandada, valores le aplicamos la tasa de intereses moratorios según la liquidación de cada uno de ellos, más los intereses que se causen en el futuro.

Aseguró el recurrente que, la demanda ejecutiva a continuación del proceso ordinario laboral pretendía que se ordenara a la empresa CENS E.S.P. S.A. y en favor de los demandantes librar mandamiento de pago (I) Por lo valores que la empresa les **descontó** a los demandantes indebidamente a la fecha de la terminación del contrato de trabajo que fue el 31 de agosto de 2009, (2) Por los **valores que a título de prestaciones sociales la empresa no liquido ni pago a los demandantes**, entre la fecha en que obtienen el status de pensionado y la fecha de terminación de contrato. (3) Por **los intereses moratorios** por el no pago

oportuno de las sumas anteriores, conforme al certificado de Superfinanciera y (4) por las costas del proceso ejecutivo.

Afirma no estar conforme con la decisión proferida por la Juez A quo, porque esos valores corresponden a salarios, prestaciones legales y extralegales que la empresa demandada les **descontó a los demandantes indebidamente**, es decir, dichas sumas corresponden **a una de las peticiones de la demanda ejecutiva** y que así lo ordenó el fallo de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta de fecha 27 de abril de 2012, confirmada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia fechada 27 de marzo de 2019.

Sostuvo que la Juez omitió analizar las prestaciones sociales (legales y extralegales) que debía liquidar la empresa a la finalización del contrato de trabajo (31 de agosto de 2009), porque al revisar la información documental (comprobante de pagos y liquidaciones finales de prestaciones sociales) que entrego la empresa demandada al Juzgado en el curso del proceso ordinario laboral, la empresa liquida a cada uno de los demandantes las prestaciones sociales con fecha del reconocimiento de la pensión, y no como debió hacerlo en la fecha para la cual dejaron de prestar sus servicios que lo fue el 31 de agosto de 2009.

Aseguró que es indispensable que el Juzgado 3 Laboral de Cúcuta, revise información tanto del proceso radicado 54001310500320100009700 y del radicado 54001310500220130018400, porque en dichas liquidaciones elaboradas por el contador de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, en el proceso radicado 54001310500220130018400, que se había adelantado en el Juzgado 2 laboral del Circuito de Cúcuta, **se determinaron los valores aquí pretendidos están incluido su pago en el radicado 54001310500320100009700**, liquidaciones en las cuales aparecen los montos lo pagados a los demandantes por concepto de liquidación final de prestaciones sociales.

Afirmó que en el proceso ordinario laboral radicado 540013105002201300018400, del Juzgado 2 Laboral de Cúcuta, los demandantes pretendieron a su favor y a cargo de la misma empresa aquí demandada, el pago de prestaciones sociales (legales y extralegales) **no liquidadas a la finalización de su contrato de trabajo en el tiempo no liquidado ni pagado por CENS S.A., ESP.**, para lo cual se acompañó copia del acta y del audio de audiencia, para su revisión y análisis, *donde el Tribunal Superior de Cúcuta Sala Laboral, concluye que las pretensiones reclamadas están incluidas en los pagos ordenados por la misma Sala Laboral en proceso 54001310500320100009700, declarando en el proceso 2013-00184*

*probada la excepción formulada por el abogado de la empresa denominada de la Cosa Juzgada e inmutabilidad de la decisión al considerar que lo reclamado está en el proceso 2010- 0097, razón por la que, se reclama en este proceso las sumas mencionadas por las **acreencias laborales no liquidadas ni pagadas a la fecha de terminar el contrato de trabajo el día 31 de agosto de 2009.***

Aseveró que la EMPRESA CENS S.A. ESP., no liquidó las prestaciones sociales hasta el día 31 de agosto de 2009, tal como Auxilio de Cesantías, intereses sobre cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicio, prima de carestía, lo cual adeuda a los demandantes, porque la empresa demandada, conforme a la liquidación que le hiciera de las prestaciones sociales, tomó la fecha de pensión de jubilación convencional y no la fecha del 31 de agosto de 2009, fecha está en que se termina la relación laboral contractual.

Que la pretensión se reafirma con la decisión proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta en audio que se adjunta, M.P. Dra. Nidia Belén Quintero, **al aceptar la excepción de la cosa juzgada**, *indica de forma clara y precisa que lo pretendido en este proceso laboral **ya había sido objeto de condena** al ser incluido en el fallo dictado por la Sala Laboral en el proceso radicado 54001310500320100009700, por ello desestima las peticiones de la demanda rad.54001310500220130018400, sin que con ello se predique que los aquí demandantes no tengan derecho a las acreencias laborales que aquí se reclaman.*

Asegura que, se probó que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, determinó que la EMPRESA CENS S.A. ESP. **adeuda a cada uno de los demandantes salarios y prestaciones sociales (legales y extralegales) no pagadas y descontadas indebidamente a los demandantes**, por el periodo en que se les reconoce el status de pensionados y la fecha en que le terminaron el contrato de trabajo, el día 31 de agosto de 2009, sumas sobre las cuales dispone reconocer intereses moratorios, como se pretende en la demanda ejecutiva.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

El apoderado judicial de la parte actora presentó los mismos argumentos expuestos en la demanda ejecutiva y el recurso de apelación, solicitando que se revoque el auto proferido por la Juez A quo.

Para resolver,

SE CONSIDERA

El problema jurídico se reduce a establecer si la Juez de instancia omitió librar mandamiento de pago por los emolumentos restantes solicitados en la demanda ejecutiva a continuación del proceso ordinario laboral, esto es, por los **valores que a título de prestaciones sociales la empresa no liquidó ni pago a los demandantes, entre la fecha en que obtienen el status de pensionado y la fecha de terminación de contrato junto con los intereses moratorios por el no pago oportuno de las sumas anteriores**, conforme al certificado de Superfinanciera, según lo alega el recurrente.

Con el propósito de resolver la viabilidad de librar mandamiento de pago en los términos solicitados en la demanda ejecutiva, es pertinente remitirse a lo dispuesto en el artículo 100 de C.P.T. y S.S., que indica:

“Será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral en firme.”

En el mismo sentido, cabe traer a colación el artículo 422 del Código General del Proceso, el cual prevé:

“Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y, que constituya plena prueba en contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley...”

A su turno, el artículo 430 del mismo estatuto procedimental, señala que *“Presentada la demanda con arreglo a la ley, acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida si fuere procedente, o en la que aquél considere legal.”*

Dando aplicación a las normas previamente referidas, **es claro que el Juez sólo podrá librar mandamiento de pago si el documento allegado como título presta mérito ejecutivo**, situación que debe encontrarse acreditada al momento en que el Juez entre a decidir sobre la procedencia del mandamiento, es decir desde la presentación misma de la demanda y no con posterioridad.

Ahora bien, respecto de las sentencias, los artículos 305 y 306 del C.G.P., disponen que *“Podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas o a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior”* y así *“Cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, (...) el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada.”*

De la anterior norma, se desprende que la ejecución de una sentencia condenatoria dentro del mismo trámite procesal solo requiere de la presentación de la solicitud por parte del acreedor, una vez se encuentre ejecutoriada la misma o el auto que obedece lo resuelto por el superior, que para el presente caso se profirió el 30 de julio de 2019.

En este orden de ideas, fácil concluir que para proferirse el mandamiento de pago es preciso **que las pretensiones del proceso ejecutivo sean concordantes con lo señalado en la parte resolutive de la sentencia condenatoria del ordinario laboral.**

Caso en concreto.

Lo primero que debe precisarse es que la sentencia que sirve como título de recaudo en el presente asunto, fue la proferida por la Sala Laboral de este Tribunal en fecha 27 de abril de 2012 en la que se resolvió (PDF 01.5 fls.591-605):

“PRIMERO: REVOCAR en su totalidad la sentencia de primera instancia dictada por el Juez Segundo Laboral Adjunto de Descongestión del Circuito de Cúcuta el 30 de septiembre de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., a pagar a los demandantes LUIS ALBERTO PEÑA VILLAMIZAR, FRANCISCO JOSÉ PÉREZ ARÉVALO, JOSÉ MIGUEL ARARAT, LUIS ALFREDO RUIZ GALLEGÓ, JORGE ENRIQUE JAIMES C., LIBARDO VERGEL SÁNCHEZ, MIGUEL ANGEL SUAREZ SÁNCHEZ, MANUEL MERCHAN DUQUE, SAID ALONSO URQUIJO RINCÓN, JAIRO TORRES CONTRERAS, EUSEBIO CASTRO VELASQUEZ, RENSO VELANDIA HERRERA, JAIME ALONSO LEAL TRIGOS, WILLIAM MORENO ACERO, FRANCISCO JOSÉ NEIRA JAUREGUI, ALVARO ENRIQUE DURÁN PEÑA y RODRIGO MARTÍNEZ DUQUE, **las sumas de dinero que les descontó** por concepto de salarios y prestaciones sociales (legales y convencionales) devengados desde la fecha en que les fue reconocida su pensión de jubilación y hasta el 31 de agosto de 2009, pero deduciendo lo que por retroactivo pensional cancelo por el mismo lapso, por las motivaciones precedentes.

TERCERO: CONDENAR a CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P. a pagar a cada uno de los demandantes la indemnización moratoria contemplada en el art. 65 C.S.T. en cuantía de un salario diario desde el 1° de septiembre de 2009 por el termino de veinticuatro (24) meses, y a partir del 1° de septiembre de 2011, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre las sumas que por salario y prestaciones se encuentren adeudando, y hasta cuando el pago se verifique, de acuerdo con las consideraciones.

(...)"

Junto con la decisión proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia fechada el día **27 de marzo de 2019** SL1404/2019 de radicado No. 58134 donde decidió CASAR la sentencia anterior, sólo respecto al numeral TERCERO, en la que impuso a la demandada el pago a cada demandante de la indemnización moratoria contemplada en el art. 65 del CST, no la casó en lo demás. (PDF 01.5 fls.839-873).

Como puede evidenciarse, la orden judicial nada dispuso respecto a los *valores que a título de prestaciones sociales la empresa no liquidó ni pago a los demandantes*, y respecto a *los intereses moratorios* por el no pago oportuno de las sumas anteriores, pues sólo podrían ejecutarse: ***“las sumas de dinero que les descontó por concepto de salarios y prestaciones sociales (legales y convencionales) devengados desde la fecha en que les fue reconocida su pensión de jubilación y hasta el 31 de agosto de 2009, pero deduciendo lo que por retroactivo pensional cancelo por el mismo lapso, por las motivaciones precedentes...”***, y en ese sentido mal haría la Sala en ordenar librar el mandamiento de pago pretendido, cuando la obligación que se reclama no se encuentra contenida en el título judicial que ya sirvió como recaudo ejecutivo.

Ahora, la parte ejecutante alega que debe ser interpretada en forma favorable a esta demanda ejecutiva otra sentencia proferida por esta Sala el 19 de octubre de 2016 con radicado No. 2013-00184 y partida del tribunal No.15.687, en la que se adelantó una acción judicial y que terminó de forma desfavorable en segunda instancia a los intereses de los demandantes, con el fin de incluirse en el mandamiento de pago los valores de las prestaciones y los intereses moratorios, petición que esta Sala considera errónea jurídicamente, en primer lugar, porque en dicha sentencia no se generó una obligación pendiente por satisfacer por parte de la demandada CENS S.A. E.S.P., en segundo lugar, y como se explicó en precedencia, para proferirse el mandamiento de pago **es preciso que las pretensiones del proceso ejecutivo sean concordantes con lo señalado en la parte resolutive de la sentencia condenatoria del proceso ordinario laboral**, esto es, la proferida por la Sala Laboral de este Tribunal en fecha 27 de abril de 2012 junto con la sentencia de la

Sala Laboral de Casación de la CSJ del 27 de marzo de 2019 SL1404/2019 de radicado No. 58134; luego entonces, si lo que pretende con el recurso de alzada es que, por medio del proceso ejecutivo, se modifique, aclare o se realice una interpretación de la parte resolutive de la sentencia base de ejecución, tal solicitud funge abiertamente improcedente, como tampoco es permitido estudiar nuevos hechos que no sean concordantes con a la orden dada en la providencia objeto de ejecución, todo ello, con base en los principios de cosa juzgada material y formal, legalidad y ejecutoria, tal como fue advertido por la A quo en el auto del 18 de febrero de 2022 que decidió no reponer el auto del 1º de diciembre de 2021, en el que expuso: *“Adicionalmente, debe decirse que la parte ejecutante pretende que a través del mandamiento de pago se haga un análisis que desconoce la característica de claridad del título ejecutivo, inclusive, pretende que se estudie o examine otro proceso ordinario laboral, con el fin de determinar las obligaciones que a su juicio deben ser ejecutadas en este asunto.”* (PDF 40).

De acuerdo con lo dicho resulta evidente que la obligación que se pretende cobrar no tiene respaldo en la sentencia que reconoció a favor del actor unos derechos de origen laboral, por lo que no resulta procedente librar el mandamiento de pago y en ese sentido, la decisión de primer grado será confirmada.

No se condenará en costas de segunda instancia, debido a que, si bien es cierto, la parte ejecutante en la actualidad ya tiene conocimiento del auto objeto de estudio, para la fecha en que se notificó y publicó el mismo de diciembre de 2021, no se había trabado la litis.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha primero (1º) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas anteriormente.

SEGUNDO: SIN CONDENA COSTAS de segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado Ponente

(EN PERMISO)
ELVER NARANJO
Magistrado



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de Diciembre de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	PROCESO ORDINARIO
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2018-00046-00 P.T. 18.405
DEMANDANTE:	ANTONIO VEGA Y OTROS
DEMANDADO:	COLPENSIONES

MAGISTRADO SUSTANCIADOR:
DR. JOSÈ ANDRES SERRANO MENDOZA

En término oportuno dentro del proceso ordinario seguido por el señor Antonio Vega y otros en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., el señor apoderado de parte activa interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia dictada por esta Sala en el proceso de la referencia.

La Ley Procesal Laboral establece que la cuantía para la viabilidad del recurso de casación, debe ser superior a los ciento veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A su vez la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el valor del interés para recurrir en casación de la parte demandada, habrá de determinarse de acuerdo al monto de las condenas impuestas a dicha parte, y el de la parte demandante según el monto de las pretensiones que le han sido denegadas, las cuales serán analizadas, en cuanto a su interés para recurrir, de manera individual.

La Ley Procesal Laboral establece que la cuantía para la viabilidad del recurso de casación, debe ser superior a los ciento veinte salarios mínimos, los que para la fecha de la sentencia (26 de abril de 2021), asciende a la suma de \$ **109.023.120.00.**

Ahora bien, teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda que fueron negadas a la parte demandante, según la liquidación de las mismas que

hiciera la contadora del Tribunal en documento que precede, se observan los siguientes valores:

CONSOLIDADO			
NOMBRE	CAPITAL	INDEXACIÓN	TOTAL
ANTONIO VEGA	\$ 17.614.788	\$ 5.372.297	\$ 22.987.085
RAFAEL ROJAS	\$ 13.052.048	\$ 2.696.476	\$ 15.748.524
GRATINIANO CASANOVA	\$ 18.948.568	\$ 6.534.481	\$ 25.483.050
LUIS QUINTERO	\$ 11.716.364	\$ 2.131.212	\$ 13.847.576
JAIME CHARRIA	\$ 13.656.919	\$ 2.978.963	\$ 16.635.883
IVAN LEAL	\$ 13.501.952	\$ 2.906.591	\$ 16.408.543
CARLOS ARTURO ROJAS	\$ 2.696.476	\$ 13.052.048	\$ 15.748.524
JESUS MARIA HENAO	\$ 10.569.197	\$ 13.958.162	\$ 24.527.360
RAMIRO LUNA	\$ 2.131.212	\$ 11.716.364	\$ 13.847.576
ALDRUBAL BARRIOS	\$ 2.978.963	\$ 13.656.920	\$ 16.635.883
JOSE PEÑALOZA	\$ 9.353.584	\$ 1.263.385	\$ 10.616.970
GOTARDO AYALA	\$ 17.614.788	\$ 5.372.297	\$ 22.987.085
PEDRO SANTAFE	\$ 20.971.897	\$ 2.507.659	\$ 23.479.556
ARTURO MORA SANCHEZ	\$ 20.947.208	\$ 8.779.854	\$ 29.727.063

Así las cosas, procederá esta Sala a RECHAZAR el aludido recurso extraordinario incoado por los señores demandantes ANTONIO VEGA, RAFAEL ROJAS, GRATINIANO CASANOVA, LUIS QUINTERO, IVÁN LEAL, CARLOS ARTURO ROJAS, RAMIRO LUNA, ALDRUBAL BARRIOS, JOSÉ PEÑALOZA, GOTARDO AYALA, PEDRO SANTAFÉ, ARTURO MORA SÁNCHEZ, ANTONIO VEGA, JAIME CHARRIA y JESÚS MARÍA HENAO por no superar el monto de los ciento veinte salarios mínimos que exige la ley procesal laboral para la viabilidad del recurso extraordinario de casación.

Por lo expuesto la Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE

PRIMERO: RECHAZAR el recurso extraordinario de casación incoado por los señores demandantes ANTONIO VEGA, RAFAEL ROJAS, GRATINIANO CASANOVA, LUIS QUINTERO, IVÁN LEAL, CARLOS ARTURO ROJAS, RAMIRO LUNA, ALDRUBAL BARRIOS, JOSÉ PEÑALOZA, GOTARDO AYALA, PEDRO SANTAFÉ, ARTURO MORA SÁNCHEZ, ANTONIO VEGA,

PROCESO: PROCESO ORDINARIO
RADICADO ÚNICO: 54-001-31-05-003-2018-00046-00 P.T. 18.405
DEMANDANTE: ANTONIO VEGA Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES

JAIME CHARRIA y JESÚS MARÍA HENAO, contra la sentencia de fecha 26 de abril de 2021 proferida por esta Sala de Decisión dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente auto, remítase el expediente al juzgado de origen, dejándose las debidas constancias de su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

En permiso

ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de Diciembre de 2022.



Secretario

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



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

RAD: 54001-31-05-003-2018-00373-01 P.T. 18.683

REF: Proceso Ordinario

DEMANDANTE: Tomás Roperó Vargas

DEMANDADO: Colpensiones

Atendiendo al contenido del memorial recibido, se acepta el desistimiento presentado frente al recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma manuscrita de Elver Naranjo, Magistrado. La firma es una línea fluida y estilizada que comienza con una 'E' grande y termina con una 'J' que se cierra en un círculo.

ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de Diciembre de 2022.

Firma manuscrita del Secretario, en tinta azul. La firma es una línea fluida que comienza con una 'S' y termina con una 'a'.

Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2018-00389-01
RADICADO INTERNO:	19.984
DEMANDANTE:	NELSON MANUEL GARCÍA RAMÍREZ
DEMANDADO:	A.R.L. POSITIVA, COLPENSIONES y U.G.P.P.

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor NELSON MANUEL GARCÍA RAMÍREZ en contra de A.R.L. POSITIVA, COLPENSIONES y U.G.P.P., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2018-00389-00, y Radicación interna N.º 19.984 de este Tribunal Superior, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la demandada U.G.P.P. y del Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia del 27 de Julio de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

El señor NELSON MANUEL GARCÍA RAMÍREZ, interpuso demanda ordinaria laboral, mediante apoderado judicial, contra A.R.L. POSITIVA para que se ordene el reconocimiento y pago de pensión de invalidez, como consecuencia del accidente laboral sufrido el 25 de noviembre de 1992, con el respectivo retroactivo pensional e intereses moratorios.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señala:

- Que el 25 de noviembre de 1992, el señor GARCÍA RAMÍREZ sufrió un accidente laboral mientras realizaba funciones en EMPRESA NACIONAL DE CRÉDITOS LTDA., número patronal 14016101581 y ubicado en la Calle 7 #4-83.
- Que el informe patronal de accidente señala, que en el sitio de la ocurrencia del accidente fue la carretera que conduce a Villa del Rosario, mientras viajaba en un vehículo se atravesó un motociclista y por no atropellarlo, atravesó el separador se volteó y trituró el brazo derecho. Existiendo el aviso de entrada del trabajador por parte del I.S.S., suscrito por el empleador y donde confirma la afiliación a riesgos laborales, así como relación de certificados de incapacidad, emitido por el I.S.S. – RIESGOS LABORALES, señalando que eran pagadas por el empleador y luego reclamadas en planilla al I.S.S., identificando la sigla AT (Accidente de trabajo). Por lo que considera está debidamente demostrado que el empleador tenía afiliado y cotizaba a riesgos laborales.

- Que la Junta Regional de Calificación de Invalidez realizó dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 348 de 2016, estableciendo el 56.43% de PCL estructurado el 25 de noviembre de 1992 de origen ACCIDENTE LABORAL; por lo que procedió a solicitar el reconocimiento a cargo de POSITIVA, que replicó que al momento de la estructuración no estaba afiliado y que el ISS no le transmitió el archivo documental referido por el actor, aportando una certificación donde señala no constar los aportes de NACIONAL DE CREDITOS LTDA.

- Que desde entonces la actitud de POSITIVA ha violado sus derechos fundamentales, pues se han negado a realizar calificación propia argumentando falta de afiliación y desconociendo la protección de riesgos laborales a que tiene derecho.

La demandada A.R.L. POSITIVA contestó a la demanda, indicando:

- Que se opone a las pretensiones por considerar que acorde a la certificación expuesta por esa entidad, el actor no estaba afiliado para el año 1992 y no se reconoce alguna posible afiliación a la ARP I.S.S., pues dicha información no le fue transmitida en el proceso de cesión a FIDUCIARIA PREVISORA S.A. que luego cambió su razón social a POSITIVA, no siendo posible validar documentos que no fueron entregados; en esa medida afirma que no se puede considerar al trabajador NELSON GARCÍA RAMÍREZ como afiliado a A.R.P. I.S.S. en 1992 y por ende no puede reclamar pretensiones derivadas del Decreto 3170 de 1964, en virtud del cual para asumir prestaciones del seguro social obligatorio de accidentes de trabajo, era necesario que estuviera inscrito bajo ese seguro, que el I.S.S. fuera notificado del suceso y que se adelantara la investigación correspondiente.

- Respecto de los hechos, advierte que no reconoce la alegada afiliación a la A.R.P. I.S.S., no entendiéndolo porque dejó transcurrir 26 años para hacer valer sus derechos y no le puede ser oponible el dictamen de pérdida de capacidad laboral aportado, porque no fue parte en dicho proceso y no fue expedido en el trámite correspondiente. Que en todo caso no está probado que en virtud del contrato de vendedor, el empleador suministrara el transporte y el informe de accidente de trabajo no ostenta un valor probatorio. Propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, INOPONIBILIDAD DEL DICTAMEN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA y BUENA FE

En audiencia del 20 de junio de 2019, se dispuso integrar a la U.G.P.P. al contradictorio, entidad que dio respuesta a la demanda así:

- Que se opone a las pretensiones, toda vez que no fue entregado a esa dependencia el expediente pensional ni se le presentó reclamación administrativa para adelantar las investigaciones pertinentes; que conforme a la Ley 1753 de 2015, las pensiones a cargo de POSITIVA cuyos derechos fueron causados originalmente en el I.S.S., serán administradas por la U.G.P.P. y pagadas por el FOPEP, lo que fue reglamentado en Decreto 1437 de 2015. Señala que conforme a lo indicado por POSITIVA, el demandante no estaba afiliado a esa aseguradora para 1992 y por lo tanto no es dable el reconocimiento pensional, por lo que deben probarse los hechos enunciados. Propuso como excepciones de fondo: PRESCRIPCIÓN e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.

En auto del 28 de noviembre de 2019, se dispuso integrar al litisconsorcio por pasiva a COLPENSIONES, que contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones por no obrar certificado de la ARL POSITIVA que acredite la incapacidad, carecer del derecho al reconocimiento pensional y sobre los hechos solicita que se demuestren por parte del interesado. Propuso como

excepciones COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN y GENÉRICA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

En la sentencia del 27 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, se resolvió:

“Primero.- DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción propuesta por la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES.

Segundo.- CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES a reconocer al demandante **NELSON MANUEL GARCIA RAMIREZ**, la pensión de invalidez a partir del 25 de noviembre de 1992 de conformidad con lo establecido en el Art 24 del decreto 3170 de 1964, cuyo disfrute está condicionado a que el demandante acredite el pago del último subsidio de incapacidad por parte del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, teniendo en cuenta la incompatibilidad que existe entre estas dos prestaciones, así mismo se dispondrá que si este subsidio se canceló o cesó su pago antes del 30 de marzo de 1992, se le cancelen al demandante para ese periodo únicamente 13 mesadas, y a partir del 1 de abril de 1994, la mesada 14 que fue consagrada en la Ley 100 de 1993; se ordenara el re ajuste anual de esta prestación de conformidad con la normatividad legal vigente para cada época, prestación que puede ser reconocida con base en un SMLMV y la indexación sobre las mesadas causadas, con el fin de mantener el poder adquisitivo de estas.

Tercero.- ABSOLVER a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES, del reconocimiento de los intereses moratorios del Art 141 de la ley 100 de 1993.

Cuarto.- CONDENAR en costas a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES.”

2.2 Fundamento de la decisión

Dentro de sus consideraciones, el juez argumentó lo siguiente:

- Señaló que el problema jurídico a resolver es determinar si el señor **NELSON MANUEL GARCÍA RAMIREZ** tiene derecho a que la Administradora de Riesgos Laborales **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** o la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES UGPP**, le reconozcan y pague la pensión de invalidez como consecuencia del accidente de trabajo ocurrido el 25 de noviembre de 1992, las mesadas pensionales, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

- Destacó como pruebas el contrato de trabajo suscrito entre el demandante **NELSON MANUEL GARCÍA RAMIREZ** y la empresa **NACIONAL DEL CRÉDITO LTDA.**, el 19 DE AGOSTO DE 1992, para desempeñar el cargo de VENDEDOR; el aviso de entrada del trabajador al I.S.S. con el N° Patronal 1401601581 por parte de su empleador y la verificación en el historial de cotizaciones aportado por COLPENSIONES de dicha afiliación; el informe patronal de accidente de trabajo; la atención médica de urgencias por parte del I.S.S.; el Dictamen N° 348 de 2016 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte Santander, donde se determinó que el señor **NELSON MANUEL GARCÍA RAMIREZ**, sufrió una pérdida de capacidad laboral del 56.43% estructurada el 25 de noviembre de 1992, como consecuencia de un accidente laboral que conllevó a la AMPUTACIÓN TRAUMÁTICA DE ANTEBRAZO DERECHO.

- Igualmente, las certificaciones y respuestas negativas de POSITIVA, y el dictamen realizado en el curso del proceso que N° 13435994-859 del 11 de mayo de 2022 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de

Norte de Santander, identifican la PCL en 52.24% estructurada el 25 de noviembre de 1992.

- Explica, que, para el 25 de noviembre de 1992, fecha de la ocurrencia del siniestro del demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 3170 de 1964, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumía el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en este caso, se acreditó que efectivamente para el 18 de agosto de 1992, el empleador del señor **NELSON MANUEL GARCÍA RAMIREZ**, lo afilió a esa entidad y está demostrado que el 25 de noviembre de 1992, sufrió un accidente de trabajo en la carretera que conduce a Villa del Rosario que fue reportado por el empleador el 1 de diciembre de 1992 y se corrobora con la historia clínica aportada.

- Concluye que las pruebas referenciadas son suficientes para demostrar el 25 de noviembre de 1992, el demandante sufrió un accidente de trabajo en los términos del literal a) del artículo 3° del Decreto 3170 de 1964; igualmente, que como consecuencia de este siniestro sufrió una pérdida de capacidad laboral del 52.24%, y ello da derecho a gozar la pensión de invalidez desde la fecha de la estructuración, en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente.

- Niega la viabilidad de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por tratarse de una prestación ajena al sistema de pensiones de la Ley 100 de 1993, como lo es la de invalidez profesional del demandante, concedida en los términos del Acuerdo 155 de 1963, aprobado por el Decreto 3170 de 1964, como se indicó en la sentencia CSJ SL, 13 feb. 2013 rad. 40560 y en su lugar ordena la indexación.

- Respecto de la legitimación en la causa por pasiva, advierte que la prestación quedará a cargo de la U.G.P.P., acorde a lo expuesto en providencia AL2178 de 2019, que recordó lo establecido en el artículo 80 de la Ley 1753 de 2015 donde el legislador determinó que las pensiones que se causaron en el I.S.S. y estaban a cargo de POSITIVA, pasarían a ser administradas por la U.G.P.P. con cargo al FOPEP, a partir del 30 de junio de 2015 conforme al Decreto 1437 de 2015.

- Niega la prosperidad de la prescripción, por considerar que se emitió el Dictamen N° 348 de 2016, y la demanda se presentó el 27 de septiembre de 2018; aunque aclara que el pago de la mesada está condicionado a que el demandante acredite el pago del último subsidio de incapacidad por parte del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, teniendo en cuenta la incompatibilidad que existe entre estas dos prestaciones, así mismo se dispondrá que si este subsidio se canceló o cesó su pago antes del 30 de marzo de 1992, se le cancelen al demandante para ese periodo únicamente 13 mesadas, y a partir del 1 de abril de 1994, la mesada 14 que fue consagrada en la Ley 100 de 1993.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandante

El apoderado de la parte actora sustenta recurso de apelación de la siguiente manera:

- Que el despacho no tuvo en cuenta que el I.S.S. ya no existe, quedando el P.A.R. que no entrega información alguna sobre subsidio de incapacidad y teniendo en cuenta la documental anexa a 19.63, donde se identifican las novedades de empleadores y no se evidencia constancia de pago de incapacidad alguna, por lo que conforme al otro documento anexo con la demanda señala como última incapacidad en febrero de 1996, por lo

que debe revocarse la orden al demandante de probar cuando fue pagado el último subsidio por ser imposible acceder a dicha información y en su lugar actuar conforme el documento anexo.

3.2 De la parte demandada

La apoderada de la U.G.P.P. interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que no comparte el criterio para acceder a la demanda pues no se aportaron elementos de juicio que permitieran establecer con total certeza que para el 25 de noviembre de 1992 fecha del accidente, estuviera asegurado por riesgos profesionales en el I.S.S., conforme las diferentes certificaciones expedidas por POSITIVA y obrantes al expediente, siendo concordantes en afirmar que no se recibió expediente pensional del demandante y no obra copia del registro del presunto accidente de trabajo; por ende, no existe documento en la U.G.P.P. que dejara constancia de la existencia del siniestro y ello imposibilita verificar la procedibilidad de la pensión de invalidez de origen laboral reclamada, existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva. Evidenciando que solo para 2004 se registran los primeros aportes convalidados por POSITIVA y que la ley 1753 de 2015 en el artículo 80 es la que reglamenta la facultad de la U.G.P.P. para asumir las pensiones de invalidez, estas dependen del reconocimiento de POSITIVA, que en el proceso de cesión no entregó estos y los aportados con la demanda fueron desconocidos, lo que impide tenerlos como válidos para reconocer con ellos la prestación. Solicita que se revoque la condena en costas, pues a la entidad nunca se le elevó reclamación para emitir un pronunciamiento previo.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

5. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:** El apoderado de la parte actora solicita que se reconozca la carga imposible asignada en primera instancia al demandante para acreditar la fecha de pago del último de incapacidad por parte del I.S.S., resaltando que ha anexado certificación emitida por el PAR ISS y ARL POSITIVA en los cuales certifica que no se ha reconocido por ninguna de las dos entidades pago de incapacidad alguna y por eso solicita que se reconozca el pago del retroactivo por pensión de invalidez a partir de la fecha efectiva de siniestro.

- **PARTE DEMANDADA:** La apoderada de la A.R.L. POSITIVA señala que acorde a las pruebas practicadas en el proceso se demostró que esa entidad no recibió por parte del I.S.S. alguna documenta referente al actor y tampoco mantiene archivos de esa época (1992); advierte que el supuesto certificado de afiliación fue anexado extemporáneamente y su contenido no acredita la alegada condición de cobertura, pues inclusive carece de anotación del empleador correspondiente. Considera que el documento “aviso de entrada” carece de validez probatoria y el dictamen aportado no le es oponible. Señala que existe falta de legitimación en la causa por pasiva pues no existe prueba de la afiliación del actor a riesgos laborales para el momento del accidente, el empleador nunca radicó el reporte del accidente

de trabajo al I.S.S. y en todo caso a partir de la Ley 1753 de 2015, la UGPP, asumió el reconocimiento y pago de las pensiones que se pudiesen generar antes del 01 de septiembre de 2008.

El apoderado de la U.G.P.P. manifiesta que acorde a los documentos obrantes al proceso sobre la solicitud de pensión de invalidez, el demandante no se encontraba afiliado a esa aseguradora para la fecha de la ocurrencia del siniestro esto es para el 25 de noviembre del año 1992, de acuerdo a lo certificado por POSITIVA y debió demostrarse que el actor estaba afiliado al I.S.S. en riesgos laborales y que esa entidad hubiese sido notificada del accidente de trabajo, lo que no ocurrió acorde certifica la A.R.L. POSITIVA. Advierte que, como sucesora de dicha entidad, no recibió carpeta o expediente alguno referente al actor e insiste en la revisión de la prescripción sobre las mesadas no reclamadas oportunamente.

La apoderada de COLPENSIONES expuso que existe falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de dicha entidad pues el artículo 4 del Decreto 600 de 2008 creó LA PREVISORA VIDA S.A. para asumir el negocio de los riesgos profesionales y esta fue transformada en POSITIVA S.A., añadiendo que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1753 de 2015, las pensiones a cargo de Positiva Compañía de Seguros y cuyos derechos se causaron en vigencia del Instituto de Seguros Sociales serían administradas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales; por lo que ante la naturaleza de lo reclamado no es competencia de COLPENSIONES asumir el reclamo de pensión de invalidez y en todo caso no se encontró que el actor estuviera amparado para el momento del accidente.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

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

¿Si el demandante NELSON MANUEL GARCÍA RAMÍREZ tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a cargo de la U.G.P.P.?

8. CONSIDERACIONES

En este caso, corresponde a la Sala, determinar, si el demandante Señor NELSON MANUEL GARCÍA RAMÍREZ, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, desde el 25 de noviembre de 1992, debidamente indexada, en virtud de la calificación de pérdida de capacidad laboral realizada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez mediante dictamen No. 348 de 2016, estableciendo el 56.43% de PCL estructurado el 25 de noviembre de 1992, alegando que para ese momento era afiliado al I.S.S. por riesgos laborales y por ende, debe considerarse a que entidad le correspondería asumir dicha prestación.

El juez de instancia, resolvió acceder a las pretensiones por considerar que a diferencia de lo alegado por las accionadas, sí estaba demostrada la ocurrencia del accidente de trabajo, la afiliación del actor al I.S.S. por riesgos laborales y la pérdida de capacidad laboral, siendo procedente el pago de la mesada pensional a partir de la fecha de estructuración sin lugar a prescripción aunque condicionada a que se demuestre cuando cesó el pago

de incapacidades a favor del actor; decisión que fue apelada por el actor respecto del condicionamiento para demostrar el pago de incapacidades y por la demandada U.G.P.P., quien insiste no se demostraron los presupuestos de afiliación para hacer el reconocimiento correspondiente. Igualmente, se revisarán las conclusiones en grado jurisdiccional de consulta a favor de la condenada.

Para resolver el presente asunto, es del caso recordar, que en materia de pensión de invalidez la normativa aplicable es la vigente al momento en que se estructura el estado de discapacidad; así lo recuerda reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL3529 de 2019, al indicar: *“esta Corporación ha señalado inveteradamente, que el derecho pensional por invalidez surge con la calificación de la pérdida de capacidad laboral, a partir de la fecha de estructuración que ella determine, por manera que el precepto aplicable para su reconocimiento, es el vigente en ese momento”*.

Para este caso se aportó con la demanda un dictamen de pérdida de capacidad laboral tramitado por el actor a iniciativa propia, por el cual la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER el 3 de marzo de 2016 estableció que el actor contaba con una pérdida de capacidad laboral del 56.43% estructurada el 25 de noviembre de 1992, con origen accidente de trabajo.

De otra parte, en el trámite del proceso se procedió a practicar un nuevo dictamen para garantizar la contradicción de las entidades demandadas, donde la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE SANTANDER determinó en 52.24% la pérdida de capacidad laboral y confirmó la fecha de estructuración el 25 de noviembre de 1992 y el origen de accidente de trabajo.

Conforme a lo anterior, se advierte que el hecho generador es anterior a la vigencia del Sistema General de Riesgos Laborales consagrado en el Decreto Ley 1295 de 1994; al respecto de las coberturas previas a esta normativa, explica la Sala de Casación Laboral en providencia de radicación 33558 del 1° de diciembre de 2009 reiterada en SL18072 de 2016:

“(...) esa clara diferencia en cuanto a su origen - una proviene de un infortunio laboral del asegurado a causa de su actividad profesional, en tanto la otra se deriva de un riesgo común, que no es consecuencia obligada de la clase de trabajo o del medio en que labora el trabajador - conduce inequívocamente al tratamiento de “contingencias” distintas, al menos por la época de los hechos.

*Y a su turno ello aparece el que la reglamentación pertinente gobernara **dos “seguros” independientes y autónomos:** el de enfermedad general y maternidad (EG y M), de una parte, y **accidentes de trabajo y enfermedad profesional (ATEP)**, de la otra. Siendo diferentes, entre otros aspectos, su financiación, su administración, el sujeto obligado a las cotizaciones, el monto de las mismas, los requisitos de las prestaciones otorgadas y el monto de ellas en uno y otro seguro.*

*Así, desde la Ley 90 de 1946, por la cual se estableció el seguro social obligatorio y se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, y hasta el Acuerdo 049 de 1990, se trataron estos seguros en secciones distintas y cada uno ha venido siendo reglamentado en forma separada por diferentes Decretos y acuerdos, así: **a) ATEP: Decretos 3169 de 1964, 3170 de 1964, 3224 de 1981, 2496 de 1982; y acuerdos 258 de 1967, 539 de 1974 y 027 de 1982;** y **b) EG y M: Decretos 770 de 1975, 462 de 1983, 2053 de 1988, 1172 de 1989, 1664 de 1984, y acuerdos 575 de 1975 y 158 de 1980. De manera que con algunas excepciones en que se ha producido una reglamentación conjunta, siempre se han distinguidos esos dos seguros aún por las normas orgánicas de los***

seguros sociales contenidas en la Ley 90 de 1946 y en los Decretos extraordinarios 433 de 1971 y 1650 de 1977.”

De las normas resaltadas, se tiene que el Decreto 3170 de 1964 contiene los parámetros para el reconocimiento de accidentes de trabajo y las prestaciones derivadas; como señaló la *a quo*, determinó que “*para los efectos de este reglamento se considerará accidente de trabajo, todo suceso imprevisto y repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca una lesión orgánica o perturbación funcional*” y agrega que “*se considerará también accidente de trabajo el que sobrevenga al asegurado: a) En la ejecución de órdenes del patrono o en la prestación de un servicio bajo la autoridad de este aún fuera del lugar y horas de trabajo; b) En el curso de una interrupción del trabajo, si la víctima se halla en los locales de la empresa, o en los lugares de trabajo; c) Por acción de tercera persona o por acto intencional del patrono o de un compañero de trabajo, durante la ejecución de este y por causa o con ocasión del trabajo.*”

Señala el artículo 15 que “*Los grados de incapacidad permanente parcial o total se determinarán de acuerdo con la Tabla de Valuaciones de Incapacidades originadas por lesiones debidas a riesgos profesionales, que será adoptada por Acuerdo del Consejo Directivo y cuya elaboración estará a cargo del Departamento Médico Legal del Instituto*”; posteriormente el artículo 21 consagra: “*El incapacitado permanente parcial tendrá derecho a una pensión proporcional a la que le hubiere correspondido en caso de incapacidad permanente total y de acuerdo con el porcentaje de valuación de la incapacidad. Incapacitado permanente total tendrá derecho a una pensión mensual equivalente al 60% del salario mensual de base. El incapacitado permanente absoluto tendrá derecho a una pensión mensual equivalente al 70% del salario mensual de base. El gran inválido tendrá derecho a una pensión equivalente al 85% del salario mensual de base. En ningún caso las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta, o gran invalidez, podrán ser inferiores a la que habría correspondido al asegurado en el Seguro de Invalidez no profesional. En caso de serlo, se elevará la pensión hasta el valor que le habría correspondido en el mencionado seguro*”. Finalmente, el artículo 24 señala “*El asegurado que quede con una incapacidad permanente parcial entre el 5 y el 20%, tendrá derecho a que se le pague en sustitución de la pensión, una indemnización en capital equivalente a dos (2) anualidades de aquella. Las pensiones correspondientes a una reducción de capacidad de trabajo superior al 20% no podrán pagarse en forma de capital. La incapacidad permanente parcial inferior al 5% no es indemnizable.*”

De lo anterior se deriva, que la norma cobija con pensión de invalidez de origen profesional aquellos trabajadores afectados con un porcentaje de pérdida superior al 20%; así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia en providencia SL13454 de 2014: “*El artículo 24 del Decreto 3170 de 1964 definió pensiones graduables, según la incapacidad, e indemnizables aquellos que tuviese incapacidades inferiores al 20%; aunque los artículos 62 y 63 del Decreto Ley 433 de 1971 nivelaron los porcentajes de los riesgos comunes y profesionales, el Seguro Social mantuvo la aplicación del referido Decreto 3170 con el otorgamiento de pensiones en la forma diferencial, al que luego retorna el Decreto 1650 de 1977, conforme su artículo 102, **en tanto previó la pensión de invalidez en porcentaje superior al 20**, y allí sin duda se advierte la primera equivocación jurídica del juzgador de segundo grado*”.

Finalmente, se advierte que el artículo 249 de la Ley 100 de 1993 consagró: “*Las pensiones de invalidez originadas en accidente de trabajo o enfermedad profesional continuarán rigiéndose por las disposiciones vigentes, salvo lo dispuesto en relación con el sistema de calificación del estado de invalidez y las pensiones de invalidez integradas a que se refieren los artículos siguientes*” aunque el artículo siguiente aclaró: “*La calificación del estado de*

invalidéz derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional se sujetará a lo dispuesto en esta Ley para la calificación de la invalidéz por riesgo común”.

Aplicando estas disposiciones al presente asunto, se procederá a establecer la viabilidad de la pensión de invalidéz conforme los requisitos exigidos en el Decreto 3170 de 1994 y acorde a los parámetros de calificación consagrados en la Ley 100 de 1993 a través de las Juntas de Calificación.

Una primera consideración, es el argumento del apelante referente a la validez de las pruebas aportadas para demostrar la afiliación del actor a riesgos laborales al momento de la ocurrencia del accidente; para lo cual se advierte obran las siguientes pruebas al plenario:

- Contrato de trabajo para vendedores, suscrito entre EDGAR ALVAREZ TOVAR como representante de NACIONAL DEL CRÉDITO LTDA., como patrono y NELSON GARCÍA RAMÍREZ como trabajador, suscrito el 19 de agosto de 1992.
- Formato de aviso de entrada del trabajador al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, del 18 de agosto de 1992, elaborado por NACIONAL DEL CRÉDITO LTDA. con número patronal 1416101581 para reportar la contratación de NELSON MANUEL GARCÍA RAMÍREZ.
- Informe patronal de accidentes de trabajo elaborado en formato del I.S.S., fechado el 1 de diciembre de 1992, por el cual NACIONAL DEL CRÉDITO LTDA. informa sobre accidente de trabajo así:

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
INFORME PATRONAL DE ACCIDENTES DE TRABAJO
 FORMA 36

Nº **35** SERIE B
 ESCRIBIRSE A MAQUINA O CON LETRA DE IMPRESA

DATOS SOBRE LA EMPRESA

NOMBRE DE LA EMPRESA: **NACIONAL DEL CREDITO LTDA.** Nº PATRONAL DEL I.S.S.: **14016101581**
 DOMICILIO DE LA EMPRESA:
 DEPARTAMENTO: **NORTE DE SUDER.** CIUDAD: **CUCUTA** DIRECCION: **CALLE 7 #4-83**

DATOS SOBRE EL TRABAJADOR ACCIDENTADO

APELLIDOS: **GARCIA RAMIREZ** NOMBRES: **NELSON MANUEL** Nº DE AFILIACION I.S.S.: **913435994**
 OFICIO U OCUPACION HABITUAL: **VENDEDOR**

EDAD: **37 años** SEXO: **MASCULINO** TIEMPO DE SERVICIO: **4 MESES** SALARIO: **DIARIO \$ SEMANAL \$ MENSUAL \$72.000,00**

DATOS SOBRE LA OCURRENCIA DEL ACCIDENTE

FECHA DEL ACCIDENTE: **NOVIEMBRE 25 de 1.992** HORA: **11:30 A.M.** P.M.
 SITIO DE OCURRENCIA DEL ACCIDENTE (detallar): **CARRETERA QUE CONDUCE A VILLA DEL RO**
SARIO.
 QUE ACTIVIDAD U OFICIO ESTABA EJECUTANDO EL TRABAJADOR EN EL MOMENTO DEL ACCIDENTE: **SE DISPONIA A ENTREGAR MERCANCIA Y A REALIZAR ALGUNOS COBROS.**

COMO OCURRIO EL ACCIDENTE (relación clara, detallada y sucinta): **VIAJABA EN UN VEHICULO, SE ATRAVEZO UN MOTOCICLISTA Y POR NO ATROPEYARLO EL VEHICULO ATRAVEZO EL SEPARADOR, SE VOLTEO Y TRITURO EL BRAZO DERECHO.**

EN SU CONCEPTO, CUAL O CUALES FUERON LAS CAUSAS DEL ACCIDENTE: **IMPRUDENCIA DEL MOTOCICLISTA AL ATRAVEZARSE.**

- Relación de certificados de incapacidad o de licencias de maternidad expedido por el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL para NACIONAL DE CRÉDITO LTDA., donde consta el reporte de una incapacidad continuada por 30 días – reseñando abajo que es por AT (Accidente de trabajo) por valor de \$70.260.
- Historia clínica por atención de urgencias expedida por el INSITTUTO DE SEGUROS SOCIALES, del 25 de noviembre de 1992 por accidente

de tránsito con lesión contundente severa en el antebrazo, para cirugía que da lugar a amputación; se adicionan atenciones en los días posteriores, de control por amputación.

El anterior documental aportada con la demanda, permite evidenciar documentos de índole privada referentes a la contratación del actor como trabajador de NACIONAL DEL CRÉDITO LTDA. y la actuación en formatos emanados por el I.S.S. donde se inscribe al trabajador a la seguridad social, se reporta el accidente de trabajo y el mismo es atendido reconociendo este origen para identificar la prestación de salud; sin embargo, el apelante reclama que carece de validez probatoria por haber sido desconocido en la contestación y rechaza su autenticidad por cuanto A.R.L. POSITIVA niega la existencia de una afiliación, alegando carecer de la carpeta pensional del actor remitida por el I.S.S. en la cesión.

Sobre el ámbito procesal que refiere a la validez probatoria de los documentos, se advierte que el artículo 244 del C.G.P. establece: “*Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.*” Ahora bien, la tacha de falsedad del artículo 269 se refiere a la posibilidad de controvertir documentos que se atribuyen suscritos o manuscritos por la parte y el artículo 272 consagra el desconocimiento de documentos cuando a una parte se le atribuya un documento no firmado o manuscrito por ella.

Es decir, ninguna de esas figuras es aplicable en este caso donde se controvierten documentos expedidos por personas jurídicas que no son parte del proceso: NACIONAL DEL CRÉDITO LTDA. y el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Por ende, el contrato de trabajo por su carácter privado se debe valorar como un documento declarativo emanado de terceros y los expedidos por el I.S.S., como documentos públicos que acorde al artículo 257 del C.G.P., “*hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza.*”

Procediendo a la veracidad material del contenido de dichos documentos, la Sala concuerda con lo expuesto por la *a quo* sobre que la vinculada COLPENSIONES convalidó la existencia de la afiliación del trabajador por parte de NACIONAL DEL CRÉDITO LTDA., conforme al documento visto en el expediente administrativo donde reporta la siguiente información sobre afiliaciones anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así:

Número Aportante:		14016101581 P		11	RELACIÓN NOVEDADES REGISTRADAS						
					NACIONAL DE CREDITOS LTDA						
Afiliación:	Novedad		Fecha	Día	Salario	T.A.	Seguros	Nnc	Aud	E	Inc
913435994	Ingreso		1992/08/18	14	\$ 70.260	1	P.S.R		11		
913435994	Cambio de Salario		1993/01/01	28	\$ 89.070	1	P.S.R		11		
913435994	Cambio de Salario		1994/01/01	31	\$ 107.675	1	P.S.R		0		
913435994	Retiro		1994/03/01	1	\$ 107.675	1	P.S.R		0		

En la imagen se resalta que COLPENSIONES certifica la existencia de afiliación para el aseguramiento de P.S.R. (pensión, salud y riesgos laborales), teniendo en cuenta que el artículo 59 del Decreto 3170 de 1964 señala: “*El pago de las cotizaciones para el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales **se harán conjunta y simultáneamente con el de las cotizaciones para las demás ramas del seguro social obligatorio***”; por ende, mal podría desconocerse por parte de las demandadas que el actor estuviera afiliado a los riesgos laborales, en la medida que el aporte de seguridad social obligatorio era integral y abordaba también la cobertura del I.S.S. por dicho riesgo.

Sobre el argumento de que no puede validarse la afiliación porque POSITIVA emitió certificaciones negando la misma, se advierte que estos documentos

solo constan que no se entregó de parte del I.S.S. una carpeta pensional; lo que se justifica en la medida que no existe prueba de que el actor hubiera elevado solicitud de pensión antes del año 2016.

Corroborada así la existencia de un accidente de trabajo, de la cobertura de riesgos laborales por parte del extinto I.S.S. y que este incidente fue debidamente reportado en su oportunidad, una vez declarada la pérdida de capacidad laboral por encima del 20% se causa el derecho a pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración a favor del actor; teniendo en cuenta que el salario base del actor era de \$72.000, el artículo 21 del Decreto 3170 de 1964 consagra como porcentaje de acuerdo al porcentaje de valuación, pero como ello reduciría la mesada por debajo del salario mínimo de 1992 (\$65.190), habrá de confirmarse la pensión mínima.

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva para reconocer esta prestación, ante la extinción de la A.R.P. I.S.S., se advierte que mediante el artículo 4 del Decreto 600 de 2008 se ordenó celebrar un convenio para ceder el negocio de riesgos profesionales del ISS a la Previsora S.A., lo cual fue aprobado por la Superintendencia Financiera mediante resolución 1293 de 2008 y con ello se procedió el 13 de agosto de 2008 a la cesión de activos, pasivos y contratos de la operación ejercida hasta entonces por el I.S.S. en materia de riesgos profesionales a favor de LA PREVISORA VIDA S.A., la cual se convirtió en POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

Posteriormente el artículo 80 de la ley 1753 de 2015 estableció que “*las pensiones que actualmente están a cargo de Positiva S. A., cuyos derechos fueron causados originalmente en el Instituto de Seguros Sociales, serán administradas por la UGPP y pagadas por el FOPEP, previo el traslado de la reserva actuarial correspondiente, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional*”; lo cual fue reglamentado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1437 del 30 de junio de 2015, donde se asignó la competencia a la U.G.P.P. de administrar las pensiones causadas en el I.S.S. y que estaban a cargo de POSITIVA.

En consecuencia, atendiendo a las disposiciones legales previstas para la administración de las pensiones a cargo del sistema de riesgos laborales del extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, efectivamente al haberse causado el derecho del reclamante durante la administración de la A.R.P. I.S.S., esto es antes del 13 de agosto de 2008, de conformidad con el ordenamiento legal vigente la prestación está a cargo de la U.G.P.P.

Por encontrarnos en Grado de Consulta a favor de esta entidad, se revisará lo correspondiente a la excepción de prescripción, por lo que conviene recordar que el fenómeno de la prescripción y su interrupción en materia laboral se encuentra regulado en los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, que disponen:

ARTICULO 488. REGLA GENERAL. *Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.*

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

En consonancia con lo anterior, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social también se ocupa de la figura de la prescripción y su interrupción en los siguientes términos:

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

En esta medida, analizando el caso particular del señor GARCÍA RAMÍREZ, se tiene como precepto jurisprudencial reiterado que la exigibilidad de la pensión se cuenta desde el momento en que se identifica la existencia de la pérdida de capacidad laboral que confirma el estado de invalidez y se identifica con la expedición del dictamen correspondiente; en este caso, el mismo fue notificado al actor el 3 de marzo de 2016 y si bien la demanda fue interpuesta el 27 de septiembre de 2018, solo se dirigió contra A.R.L. POSITIVA. Fue a través de la resolución de excepciones previas que se vinculó a la U.G.P.P. al contradictorio y esta fue notificada el 25 de julio de 2019, por lo que en esta fecha se interrumpió la prescripción respecto de la entidad condenada.

Por ende, se revocará la decisión de primera instancia que negó la excepción de prescripción a favor de la U.G.P.P., por cuanto transcurrieron más de 3 años entre la comunicación al interesado del dictamen y la reclamación a esa entidad mediante la notificación de esta demanda, no existiendo peticiones previas dirigidas a ella; por lo cual, se declararán prescritas las mesadas causadas antes del 25 de julio de 2016.

Acorde a la resolución de este medio exceptivo, estima la Sala que se hace innecesario abordar la apelación del demandante que buscaba aclarar la fecha de exigibilidad de las mesadas por no existir certeza de la fecha límite de incapacidades canceladas por A.R.P. I.S.S., dado que para el 25 de julio de 2016 ya no existía dicha entidad y ninguna de las afiliadas demostró el reconocimiento de incapacidades a su cargo por el accidente de trabajo.

Es necesario advertir, que el artículo 283 del Código General del Proceso impone el deber de imponer la condena en concreto, a lo que se abstuvo el Juez de primera instancia y a ello se procede por la Sala, teniendo en cuenta que se accedió a reconocer la mesada pensional desde el 25 de julio de 2016 y el monto estimado fue de pensión mínima, conforme a liquidación vista en cuadro siguiente el total adeudado a diciembre de 2022 asciende a SETENTA Y SEIS MILLONES CIENTO CUARENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS (\$76.142.277), sin perjuicio de la indexación correspondiente.

AÑO	MESADA	NO. MESADAS	TOTAL
2016	\$ 689.455,00	6,2	\$ 4.274.621,00
2017	\$ 737.717,00	14	\$ 10.328.038,00
2018	\$ 781.242,00	14	\$ 10.937.388,00
2019	\$ 828.116,00	14	\$ 11.593.624,00
2020	\$ 877.803,00	14	\$ 12.289.242,00
2021	\$ 908.526,00	14	\$ 12.719.364,00
2022	\$ 1.000.000,00	14	\$ 14.000.000,00
			\$ 76.142.277,00

Cabe resaltar, que al tenor del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, el pensionado tiene la obligación de asumir el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud desde el momento mismo en

que ostenta esa calidad. Por ende, no es viable argüir la no afiliación o no disfrute del servicio so pretexto de eximirse del pago, pues, se itera, la obligación legal de contribución se adquiere a la par con la condición de pensionado y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha reiterado la necesidad de ordenar estos conceptos; por lo que también se adicionará, autorizar a la demandada para deducir del valor de las mesadas a pagar al actor el importe para el pago de las cotizaciones para salud.

En síntesis, se confirmará la decisión de primera instancia que reconoció la pensión de invalidez a favor del señor NELSON MANUEL GARCÍA RAMÍREZ a partir del 25 de noviembre de 1992 por accidente de trabajo cubierto por el extinto I.S.S., a cargo de la U.G.P.P.; sin embargo, se revocará parcialmente los numerales primero y segundo de la providencia, respecto de la excepción de prescripción, que se declara probada por las mesadas anteriores al 25 de julio de 2016, por lo que se condenará a la U.G.P.P. al pago de las 14 mesadas anuales a favor del actor en cuantía de pensión mínima. Se adicionará que por retroactivo causado no prescrito a diciembre de 2022 asciende a SETENTA Y SEIS MILLONES CIENTO CUARENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS (\$76.142.277), sin perjuicio de la indexación correspondiente y sin condicionamiento por incapacidades, finalmente se autorizará a la U.G.P.P. a realizar los descuentos en concepto de salud.

Por resultar desfavorable el recurso al demandado se le condenará en costas de segunda instancia a favor de la demandada. Fijense como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos mensuales vigentes.

. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente los numerales primero y segundo de la Sentencia del 27 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta en el sentido de declarar probada la excepción de prescripción por las mesadas anteriores al 25 de julio de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ADICIONAR que por concepto de retroactivo causado 25 de julio de 2016 a diciembre de 2022 se adeuda la suma de SETENTA Y SEIS MILLONES CIENTO CUARENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS (\$76.142.277), sin perjuicio de la indexación correspondiente entre la fecha de causación de cada mesada y la de pago efectivo, sin condicionamiento por incapacidades, acorde a lo expuesto en la parte motiva. Así como que se AUTORIZA a la U.G.P.P. a realizar los descuentos en concepto de salud.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás aspectos la providencia en consulta.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada; fijense como agencias en derecho de segunda instancia la suma de dos salarios mínimos mensuales vigentes a favor del actor.

Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

(En permiso)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 1 de diciembre de 2022.



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2019-00291-01
RADICADO INTERNO:	20.046
DEMANDANTE:	DALIA ROSA GARCÍA CELIS
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 1 de septiembre de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

La señora DALIA ROSA GARCÍA CELIS por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P PROTECCIÓN S.A, solicitando que se declare la nulidad del traslado realizado el 22 de julio de 1996 del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad por vicio del consentimiento, disponiendo que se trasladen los dineros de su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES y que estos sean recibidos, viéndose reflejados en los ciclos de cotización correspondiente.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones principales relata que la señora GARCÍA CELIS venía realizando sus aportes al I.S.S. cuando en julio de 1996 realizó el traslado de régimen a la A.F.P. COLPATRIA (Hoy PORVENIR), sin recibir asesoría pensional alguna diferente a que el I.S.S. se iba a acabar y podía perder su plata, sin indicarle las ventajas y desventajas reales del cambio de régimen o tener una proyección pensional acorde a su IBC para constatar la necesidad de cambiarse al RAIS y al solicitar copia de la asesoría dada, individual o grupal, no le fue entregada. Que solicitó su retorno a COLPENSIONES en abril de 2019 y le fue negado.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que no le constan los hechos alegados ya que se trata de situaciones ajenas a la entidad y que deben ser probadas por el demandante, oponiéndose a las pretensiones, teniendo en cuenta que la demandante realizó su afiliación al RAIS de manera voluntaria y autónoma, firmando formulario de afiliación al fondo privado en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido esa entidad. Que la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial.

- Expuso que la entidad administra el patrimonio de los asegurados con la obligación de vigilar el reconocimiento de prestaciones y solo acceder cuando existe absoluta certeza del cumplimiento de requisitos, siendo que en caso de existir alguna irregularidad en el traslado y afiliación de la parte actora, corresponde a la A.F.P.

PORVENIR probar la información suministrada al demandante, actuando así COLPENSIONES conforme las normas vigentes y máxime cuando la actora está dentro del rango de los últimos 10 años para jubilarse, que está en el margen de la prohibición legal para cambio de régimen.

- Propuso las excepciones de mérito de: cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y genérica.

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

- Que no le constan los hechos alegados y deben probarse, se opone a las pretensiones y esa AFP para proceder al reconocimiento del traslado está sometida al imperio de la ley y solo puede reconocer prestaciones respaldadas por los presupuestos legales. Que la afiliación a esa entidad viene precedida de una asesoría profesional y transparente suministrada por agentes con capacitación y exposición a un estudio profundo del sistema general de pensiones. Resaltó que no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen del demandante; advirtiendo que este tomó una decisión informada y consciente, por lo que suscribió el formulario de vinculación con pleno conocimiento y consentimiento.

- Que todo afiliado está facultado para trasladarse de régimen cumpliendo los términos legales correspondientes, tras haber permanecido al menos 5 años en el seleccionado y antes de que le faltaren 10 años para la edad de pensión de vejez, igualmente la Corte Constitucional en sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 aclaró otras oportunidades; que en todo caso el interesado debe realizar un esfuerzo argumentativo y probatorio para la clase de vicio del consentimiento alegado.

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

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

Mediante auto del 11 de julio de 2022, se dispuso vincular como litisconsorcio necesario por pasiva a la A.F.P. PORVENIR, que al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó:

- Que los hechos manifestados no le constan, deben probarse y las pretensiones de la demanda deben negarse, advirtiendo que los funcionarios de la Administradora ejercen su labor de asesoría la cual se concreta a partir de la información suministrada por las personas que manifiestan su interés de vincularse a este fondo de pensiones, haciendo de esta manera una realidad su proceso de afiliación, la cual se expresa mediante el diligenciamiento y firma del correspondiente formulario suscrito en su momento, da fe con firma manuscrita del demandante que su traslado fue libre y espontaneo

- Que el traslado del régimen del RPM al RAIS, se realizó conforme a derecho y no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y de acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial; advirtiendo que en todo caso se debe aplicar el artículo 1746 del código civil, para que se restituyan las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; y en el caso de las restituciones mutuas que hayan de hacerse, cada cual será responsable de las pérdidas, intereses y abonos correspondientes. Solicitando que conforme a providencia SU-062 de 2010 debe existir *equivalencia* entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente.

- Que al existir un traslado entre fondos del RAIS, se suscitaron actos son de relacionamiento que dejan claro que el afiliado desea continuar en dicho régimen, pues presuponen cierto conocimiento que la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí su intención sea continuar en él, aun teniendo la posibilidad eventual de retornar a COLPENSIONES.

- Que al momento de realizarse la afiliación o traslado a PORVENIR. NO existía disposición en la ley 100 de 1993, que regulara expresamente la forma en que se debía dar asesoría para el cambio de régimen. Asunto que vino a ser regulado con la expedición de la Ley 1328/2009, que en su artículo 48 modificatorio de la Ley 100 de 1993 estableció que *“la Administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permita la adopción de decisiones informadas”*.

- Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción e innominada.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 1 de septiembre de 2.022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERA: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante DALIA ROSAS GARCIA CELIS a PORVENIR S.A, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, el actor nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

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

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que valide la afiliación de la DALIA ROSA GARCIA CELIS demandante, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A, , para financiar las prestaciones económicas a las que tenga derecho eventualmente la demandante.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas.

SEXTO: CONSULTAR esta providencia a favor de COLPENSIONES.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

La Jueza de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Que se debe establecer si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora desde el RPMPD al RAIS administrado por COLPATRIA (Hoy PORVENIR S.A.), y como consecuencia de ello, si hay lugar a condenar a PORVENIR y PROTECCIÓN a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, el ahorro de la cuenta individual de la demandante, incluyendo los intereses, rendimientos financieros y bono pensional, entre otros. Que también debe definirse si COLPENSIONES debe recibir y validar la afiliación de la demandante.

- Preciso que conforme a la historia laboral, la demandante estuvo vinculada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 2 de enero de 1.981 y cotizó 726.71

semanas, con lo que se encuentra acreditada la vinculación de la actora al RPMPD. Que conforme la solicitud de vinculación o traslado del 23 de julio de 1.996, la demandante solicitó su traslado al RAIS a través de A.F.P. COLPATRIA S.A. y el 4 de marzo de 1996, se trasladó a COLMENA S.A., actualmente PROTECCIÓN, donde ha cotizado un total de 1.857 semanas, de las cuales 729 se realizaron a través del régimen de prima media, 90 a PORVENIR S.A. y 1.058,57 directamente a PROTECCIÓN.

- Advirtió que el traslado de la demandante del RPMPD al RAIS se dio el 23 de julio de 1996, época en la cual las administradoras de fondos de pensiones tenían el deber de información necesaria, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1.993, deber que se concreta con lo explicado en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1688 de 2019, correspondiéndole a la AFP del RAIS en los casos en que se pretende la declaratoria de la ineficacia del traslado por falta de información, demostrar que actuó de forma diligente y cuidadosa, y correlativamente cumplió con la obligación de suministrar al afiliado la información clara, suficiente y precisa para que tomara libremente la determinación del cambio de régimen, debiendo concretarse la manifestación del derecho a libre elección en el verdadero conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su decisión y no con la simple suscripción de un formulario preexistente, pues esto no es prueba suficiente para acreditar la validez del traslado.

- Señaló que PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. tenían la obligación de demostrar que al momento del traslado entre regímenes de la actora, le suministró información clara, suficiente y precisa sobre las consecuencias positivas y negativas de la decisión, debiendo existir una certeza de la afiliada sobre la incidencia de esta, sin embargo, la AFP demanda únicamente aportó los formularios donde se tramite el traslado, sin allegar un elemento probatorio suficiente que permitiera dar certeza de que para ese momento cumplió con el deber de información, lo que conlleva a que se declare la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la ficción jurídica de que siempre estuvo en el RPMPD.

- Declaró no probada la excepción de prescripción, señalando que tal fenómeno no afecta la ineficacia del traslado debido a que este tiene el carácter de imprescriptible por corresponder a un estado jurídico de conformidad con lo explicado en la sentencia SL1688 de 2019.

- Estableció que como consecuencia de la ineficacia del traslado la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. está obligada a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones recibidas de la demandante, así como las sumas percibidas por conceptos de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional, con cargo a sus propias utilidades de la AFP por el tiempo que duró cada afiliación, conforme a lo señalado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL2877 del 2020. Así mismo, COLPENSIONES debe validar la afiliación de la demandante al RPMPD, así como actualizar e incorporar los aportes que le sean remitidos por PORVENIR S.A. para financiar las prestaciones económicas a las cuales tenga derecho la actora.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada COLPENSIONES:

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

- Que en el debate probatorio se logró demostrar la debida, comprensible y suficiente información al momento de realizarse la afiliación al RAIS.

- Que hay comportamientos de la afiliada en el sistema que permiten demostrar su deseo de permanencia y pertenencia en el RAIS, por el hecho de haber estado vinculada por más de 20 años al mismo, no realizar averiguación alguna respecto de sus condiciones pensionales, firmó su formulario de afiliación, se trasladó internamente entre administradoras del RAIS y no demostrar interés alguno en retornar al RPMPD en el término que otorgaba la normatividad.

- Que disiente de la condena en costas porque esa entidad no fue determinante en el traslado de régimen y la demandante no podía trasladarse de régimen sin acudir a un proceso judicial por haber superado el término establecido en la normatividad para realizarse administrativamente.

3.2 De la parte demandada PORVENIR:

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

- Que la sentencia se debe revocar porque resulta en contravía del artículo 964 del Código Civil y de la Ley 100 de 1993, pues como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir y se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones ya que son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos.

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

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

3.3 De la parte demandada PROTECCION:

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

- Que se revoque la sentencia teniendo en cuenta que no es procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más no los rendimientos financieros, gastos de administración y descuentos de seguro previsional generados porque son prestaciones acaecidas producto de la buena fe y gestión de su representada; no existiendo causa técnica jurídica para desconocer el funcionamiento de la A.F.P., acorde al inciso final del artículo 964 y 1646 del código civil.

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

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

5. ALEGATOS

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

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

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

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

- La apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a esa entidad de los cargos formulados en su contra, señalando que, a lo largo del debate probatorio llevado a cabo en la primera instancia, la parte actora no logró demostrar esa indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado, razón por la cual no es procedente su declaratoria, y que el mismo se realizó bajo el derecho a la libre elección de régimen que le asiste al demandante, quien lo hizo en forma libre, voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita. Así mismo, señaló que la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional.

Hizo referencia a los argumentos de la Corte Constitucional en sentencia C-1024/2004 señalando que el período de carencia previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 no vulnera el derecho a la igualdad, ni ningún otro principio o derecho fundamental que emane de las relaciones de trabajo, pues resulta razonable para evitar un perjuicio a la sostenibilidad económica del sistema pensional.

También indicó que la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora y la entidad que representa por vía de jurisprudencia no puede otorgar prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, razón por la cual negó el traslado en sede administrativa.

- El apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.** solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a su representada, manifestando que la afiliación se efectuó libre de presiones, de manera voluntaria y espontánea, acorde

con los principios de libertad de la Ley 100 de 1.993, como lo afirma el texto del formulario de afiliación.

Que el funcionamiento del RAIS esta reglado en la ley y no puede alegarse desconocimiento según el artículo 9. ° del Código Civil, para afirmar que hubo inobservancia y transgresión al deber de información.

Que cuando se realizó el traslado del RPMP al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige desde el año 2.008, que para esa época se encontraban vigentes las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 97 del Decreto 663 de 1.993 literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1.993 en su versión original y el artículo 1. ° del Decreto 1161 de 1.994, disposiciones que establecían obligaciones de dar información acerca de los traslados, pero eran unas obligaciones de carácter genéricas o abstractas, que no establecían unos mínimos o unos máximos que debían cumplir los fondos de pensiones para entenderse que se había producido el traslado en debida forma. Que el artículo 11 del Decreto 692 del 94 estableció como prueba única la suscripción de un formulario de afiliación y ese mismo decreto determinó su contenido, el cual era aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por la señora DALIA ROSA GARCÍA CELIS del RPMPD al RAIS por medio de la A.F.P PORVENIR S.A. y actualmente afiliada a A.F.P. PROTECCIÓN ?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado implica que la A.F.P. PORVENIR S.A. y A.F.P. PROTECCIÓN S.A. deban devolver con cargo a sus propias utilidades, la totalidad de las cotizaciones realizadas por la demandante, incluidas las sumas que percibió por conceptos de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional?

8. CONSIDERACIONES:

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si el traslado de la señora DALIA ROSA GARCÍA CELIS del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y la orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES, pues esto implicaría que la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD.

Al respecto la A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que la jurisprudencia ha identificado claramente que, desde su nacimiento, las A.F.P. tenían el deber de suministrar información suficiente para que el consentimiento fuera realmente libre y voluntario, lo que no se demuestra con la sola suscripción del formulario, por lo que en ausencia de otra prueba accede a las pretensiones y ordena la devolución de los aportes con todos los valores descontados.

A esta conclusión se opuso Colpensiones manifestando que se demostró que no hubo insuficiente información al momento de realizarse el traslado de régimen por parte de la demandante, que esta ha tenido comportamientos que demuestran su deseo de permanencia en el RAIS y su deseo de traslado al RPMPD obedece a un monto pensional, sin que sea válido argumentar la falta de proyección de la mesada

al momento de la asesoría pues no era obligatoria. Por su parte PORVENIR S.A. alega que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional. Finalmente, PROTECCIÓN S.A. advierte que no es procedente devolver la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más todos los rendimientos financieros generados y tampoco lo descontado por seguro previsional, porque los rendimientos son producto de la buena fe y gestión de su representada, y el porcentaje de seguro previsional fue descontado con base en la Ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio quien es un tercero de buena fe.

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

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

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

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

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

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1º del artículo 97 impone a las

entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”*.

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

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

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

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

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

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* y por lo tanto *“si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”*, máxime cuando el deber de información *“es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como*

prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P. PPORVENIR S.A.; pues argumenta la demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

La demandante manifestó que venía afiliada al RPMPD administrado por el I.S.S., hoy COLPENSIONES y que se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.) que se realizó por medio de solicitud de traslado del 23 de julio de 1.996, sin que previamente se le suministrara asesoría sobre las características esenciales de los regímenes pensionales ni explicación sobre los riesgos y consecuencias del cambio de régimen, y sin una proyección del tiempo y monto de capital que debía tener en su cuenta individual para lograr una pensión.

Del expediente se puede evidenciar que la actora se encontraba afiliada al RPMPD desde el 02 de enero de 1.981, donde alcanzó a cotizar 729 semanas al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL; el 23 de 1.996 se trasladó al RAIS con afiliación a la AFP COLPATRIA S.A.¹ que se realizó con el respectivo formulario de vinculación y el 4 de marzo de 1998 se trasladó a la A.F.P. COLMENA², mediante formulario de afiliación No. 101277943.

Se resalta que aparte de los formularios de afiliación de 1.996 y 1.998, no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento del traslado de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora DALIA ROSA GARCÍA CELIS no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PORVENIR S.A. o PROTECCIÓN S.A. brindaron a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para julio de 1996 o marzo de 1998, se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PORVENIR S.A. y luego PROTECCIÓN S.A., no actuaron cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenían la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportaron prueba alguna

¹ Se resalta que la A.F.P. COLPATRIA se fusionó con A.F.P. HORIZONTE y posteriormente, esta se fusionó con PORVENIR. Fuentes: eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1292961 y <https://www.semana.com/empresas/articulo/fusion-entre-porvenir-horizonte/190254/>

² Se resalta que la A.F.P. COLMENA se fusionó con A.F.P. DAVIVIR para ser A.F.P. SANTANDER, la cual fue adquirida por ING y posteriormente se fusionó con A.F.P. PROTECCIÓN. Fuente: <https://brc.com.co/archivos/SAPC-AFP%20SANTANDER-1.pdf>, <https://www.semana.com/ing-cierra-adquisicion-afp-santander/55122/> y <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/lista-fusion-afp-proteccion-e-ing-73514>

que lo confirmara, ya que con las aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a DALIA ROSA GARCÍA CELIS donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados, a que para la fecha del último traslado al RAIS ya estaba en vigencia la Ley 1328 de 2009, así como el Decreto 2241 de 2010, y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento de la afiliada, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que la indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., incumplieron con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., deberán devolver completamente todas las prestaciones que recibieron del afiliado, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de la

Administradora y no de la aseguradora, para quien la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

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

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

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

Por lo anterior, los aportes deben ser trasladados a plenitud a COLPENSIONES, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1.996 en esa entidad, lo que desestima el argumento de que generaría una descapitalización del sistema.

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

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

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

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien, al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además que PROTECCIÓN, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por la Jueza Tercera Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 1 de septiembre de 2.022; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2.022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belen Quintero Gelvez

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA

José Andrés Serrano Mendoza

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

(En permiso)

ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 1 de diciembre de 2022.

Elver Naranjo

Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2019-00353-01
RADICADO INTERNO:	20.061
DEMANDANTE:	GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 16 de agosto de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

El señor GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las A.F.P. PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A, solicitando que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado y afiliación al RAIS y como consecuencia se ordene su retorno al RPMPD, así como el traslado a COLPENSIONES por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., de todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual. También solicita que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado entre las administradoras de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que nació el 29 de julio de 1.955. Que al momento de interponer la demanda contaba con 64 años y más de 1.509 semanas de cotización según historia laboral de PROTECCIÓN SA.
- Que se encuentra cotizando para obtener su pensión desde agosto de 1.985. Que inicialmente realizó aportes al RPMPD, ahora administrado por COLPENSIONES y a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1.993 contaba con más de 266 semanas de cotización y 38 años de edad.
- Que en mayo de 1.997 ingresó a trabajar en la empresa INTEGRA SEGUROS DEL NORTE DE SANTANDER LTDA y allí le solicitaron afiliarse a la Administradora de Fondos de Pensiones DAVIVIR (hoy Protección S.A.), para lo cual autorizaron el ingreso de una asesora comercial con el fin de que tomara su firma junto con la de otros trabajadores en el formulario de afiliación a esa entidad, sin ningún tipo de asesoría profesional en la materia.

- Que en 1.998 le solicitaron trasladarse a la AFP PORVENIR, lo que sucedió en condiciones similares al anterior traslado.
- Que la AFP PORVENIR S.A. nunca le informó sobre la restricción de traslado de régimen pensional cuando faltan 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión y tampoco le mostró una proyección de su pensión al cumplir 52 años para que pudiera tomar una decisión consciente y objetiva.
- Que en el año 2.006 cumplió 51 años de edad, siendo este el último plazo para realizar un traslado de régimen de pensiones.
- Que en septiembre de 2.015 se enteró que no podía retornar al RPMPD por lo que decidió trasladarse a PROTECCIÓN S.A.
- Que el 15 de agosto de 2.019 mediante radicado 2019_11005586 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, el cual fue negado por esa entidad mediante radicado BZ2019_1111930-2407802.
- Que el 15 de agosto de 2.019 bajo el radicado N° 010022101507700, presentó ante la AFP PORVENIR S.A. una solicitud de información y aclaración de incógnitas sobre el traslado de régimen de pensiones, la cual respondió esa entidad el día 10 de septiembre de ese año, pero no de forma concreta frente a las preguntas realizadas.
- Que el 15 de agosto de 2.019 radicó el escrito CAS-4866151-R4J4G1 ante la AFP PROTECCIÓN S.A., solicitando información y aclaración de incógnitas sobre el traslado de AFP y esa entidad respondió el día 23 de agosto de ese año, pero no dio una respuesta concreta.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó: Que acepta la fecha de nacimiento del actor; que es cierto que este se encuentra cotizando para pensión desde agosto de 1.985 e inició realizando aportes al RPMPD, así como que el 15 de agosto de 2.019 solicitó ante esa entidad el traslado de régimen pensional, frente a lo cual se emitió respuesta. Que los demás hechos no le constan y se atiene a lo probado. Que se opone a la demanda y solicita que no se acepten las pretensiones invocadas por el demandante, en consecuencia, pide ser absuelta de los cargos formulados en su contra. Que el actor se afilió de manera voluntaria al RAIS, por lo cual está incurso en lo establecido por el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993 y el literal e modificado por la Ley 797 de 2.003, por estar a menos de 10 años para pensionarse. Que la actuación administrativa con la cual esa entidad no accedió a las pretensiones del demandante se ciñó de manera rigurosa a todas las disposiciones constitucionales y legales vigentes, lo que demuestra la buena fe en su actuar y en caso de existir alguna irregularidad en el traslado de régimen y afiliación del actor, le corresponde a la AFP PROTECCION y/o PORVENIR, probar que la información que brindó al demandante en ese momento, fue idónea y suficiente para que la decisión de traslado fuera libre y sin vicios. Propuso las excepciones de mérito de: Cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación pretendida; buena fe; prescripción y la innominada o genérica.

La demandada PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó: Que son ciertos los hechos relacionados a la fecha de nacimiento del actor, las semanas de cotización con las que cuenta, el tiempo que lleva cotizando para obtener su pensión, que inicialmente realizó aportes al RPMPD, las semanas de cotización y edad que tenía al momento de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1.993, así como que el 15 de agosto de 2.019 presentó ante esa entidad una solicitud de información y aclaración de incógnitas sobre el traslado de AFP, a la cual se dio respuesta. Que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Que se opone a las pretensiones porque esa AFP está sometida al imperio de la Ley y solo puede reconocer las prestaciones económicas que cumplan con los presupuestos previamente establecidos por el legislador. Que previo a realizar cualquier tipo de afiliación ofrece siempre una asesoría acompañada de profesionalismo y transparencia. Que el RAIS es un sistema reglado en la ley y no puede alegarse desconocimiento para afirmar que hubo inobservancia y transgresión al deber de información según lo contemplado en el artículo 9. ° del Código Civil. Que el término

para ejercer la acción de nulidad de la afiliación se encuentra prescrito en los términos del artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2.002, pues desde la fecha de la afiliación a la de presentación de la demanda han transcurrido más de 20 años y la acción ordinaria de nulidad invocada prescribe en el término de 10 años. Propuso como excepciones de mérito: Inexistencia de la obligación; prescripción; buena fe; inexistencia de obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada.

La demandada AFP PORVENIR al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó: Que es cierto el hecho de que alerta a sus afiliados a través de llamadas y correos electrónicos cuando están próximos a cumplir la edad máxima permitida para trasladarse de régimen, lo cual ha hecho siempre utilizando canales internos y externos de comunicación. Que no es cierto el hecho de que al actor en septiembre de 1998 le solicitaron trasladarse a esa AFP y tampoco que un asesor comercial haya tomado su firma en el formulario de afiliación sin ningún tipo de asesoría profesional en la materia. Que los demás hechos no le constan y deben probarse. Que se opone a las pretensiones porque fue PROTECCIÓN quien realizó el traslado de régimen, entidad en la que actualmente se encuentra afiliado el actor, lo que releva de toda responsabilidad a PORVENIR S.A.; que no existe vicio alguno que genere la nulidad del traslado y acceder a las suplicas de la demanda sería como que el demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial. Que se debe tener en cuenta el artículo 1746 del Código Civil sobre efectos de la declaratoria de nulidad y las restituciones mutuas, así como la sentencia SU-062/10 sobre la equivalencia que debe existir cuando se ordena el traslado de régimen. Que el formulario de vinculación o traslado suscrito por el actor bajo la gravedad de juramento, da constancia de que tomo su decisión de manera libre, espontánea y sin presiones, la cual fue tan consiente y válida, que no se retractó dentro de los 5 días siguientes a su elección de acuerdo a lo consagrado en el artículo 3. ° del Decreto 1161 de 1.994. Que al momento de realizarse la afiliación a esa AFP no existía disposición en la Ley 100 de 1.993 que regulara expresamente la forma en que se debía dar asesoría para el cambio de régimen. Que se demanda después de muchos años de que exista información decantada y accesible al público en general acerca de las diferencias e implicaciones de los regímenes pensionales y el actor dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional, además se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado del artículo 2. ° de la Ley 797 de 2003. Que el acceso al derecho a pensionarse en el RAIS se tiene garantizado, como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas. Propuso las excepciones de: Falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 16 de agosto de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas en los términos explicados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del demandante GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A, por las razones ya explicadas, y, en consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, el demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a la Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas por el demandante que están en su cuenta de ahorro individual, así como

aquellas sumas que percibieron por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional, con cargo a sus propias utilidades por el periodo en que el actor permaneció afiliado a cada una de estas administradoras.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que valide la afiliación del demandante, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR SA, para financiar las prestaciones económicas a las que tenga derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas.

SEXTO: CONSULTAR esta providencia a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

La Jueza de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

Que se debe establecer si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor desde el RPMPD al RAIS administrado por DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. y como consecuencia de ello, si hay lugar a condenar a las AFP demandadas a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, la totalidad del ahorro de la cuenta individual del demandante, incluyendo los intereses, rendimientos financieros, bonos pensionales y demás sumas de dinero.

Precisó que al examinar las pruebas allegadas al proceso se observa que el actor nació el 29 de julio de 1955 según la copia de la cedula de ciudadanía allegada; que según las páginas 50 a 66 del archivo 01 del expediente correspondiente a la historia laboral del demandante en PORVENIR S.A., este cotizó en el RPMPD 382.71 semanas y en el RAIS realizó cotizaciones en PORVENIR S.A. de 865.57 semanas y a PROTECCIÓN S.A. de 261.43 semanas, para un gran total de cotizaciones de 1.509,71 semanas en el Sistema General de pensiones. Que de igual manera se encuentra en el archivo PDF 01 del expediente, la solicitud de vinculación N° 514667 a DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., formulario en el cual consta que el día 26 de mayo de 1997 el demandante se trasladó desde el ISS administrador del RPMPD, al RAIS. Que de acuerdo al historial de vinculaciones SIAFP que obra en la página 214 del archivo PDF 01 del expediente, el demandante realizó un traslado inicial desde el ISS a DAVIVIR S.A., entidad que después se fusionó con ING Pensiones y posteriormente con PROTECCIÓN S.A. el 26 de mayo de 1.997; un segundo traslado desde ING PENSIONES al fondo HORIZONTE el 1. ° de agosto de 1998; una sesión por fusión de HORIZONTE a PORVENIR S.A. el 1. ° de enero de 2.014 y un traslado de PORVENIR S.A. a PROTECCIÓN S.A. el 24 de julio de 2017; advirtiéndose que el traslado de demandante del RPMPD al RAIS se dio el 26 de mayo de 1997, época en la cual las administradoras de fondos de pensiones tenían el deber de información necesaria, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1.993, deber que se concreta con lo explicado en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1688 de 2019, correspondiéndole a la AFP del RAIS en los casos en que se pretende la declaratoria de la ineficacia del traslado por falta de información, demostrar que actuó de forma diligente y cuidadosa, y correlativamente cumplió con la obligación de suministrar al afiliado la información clara, suficiente y precisa para que tomara libremente la determinación del cambio de régimen, debiendo concretarse la manifestación del derecho a libre elección en el verdadero conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su decisión y no con la simple suscripción de un formulario, pues esto no es prueba suficiente para acreditar la validez del traslado.

Señaló que la demandada PROTECCIÓN S.A., entidad a la cual se dio el traslado inicial de régimen pensional, no allegó prueba alguna que demostrara que le suministró al actor la información clara, suficiente y precisa sobre las consecuencias positivas y negativas de su decisión, por lo que no existe ninguna prueba en el plenario que acredite que el demandante para el 26 de mayo de 1997 conocía y comprendía no únicamente los beneficios de trasladarse desde al RPMPD al RAIS sino los riesgos que esto implicaba respecto a sus expectativas pensionales; que la

omisión del cumplimiento del deber contemplado en el artículo 167 de CGP, conlleva a declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la ficción jurídica de que siempre estuvo en el RPMPD.

En cuanto a la teoría de los actos de relacionamiento a la que aluden los apoderados judiciales de las entidades demandadas, indicó que no acoge el criterio expuesto en la sentencia SL 3752 del 15 de septiembre de 2022 por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, porque el funcionamiento de estas salas implica que la posición que adopten debe seguir la línea jurisprudencial que sobre un mismo asunto tiene la Sala de Casación Laboral que funciona en forma permanente y ordinaria, hasta tal punto que la Ley no les permitió cambiar o crear una nueva jurisprudencia debido a que tal asunto debe ser exclusivamente analizado por la Sala permanente. Que en relación con la ineficacia del traslado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha mantenido una línea clara y concreta respecto a que el traslado horizontal dentro del mismo RAIS no convalida la ineficacia, lo cual es completamente contrario a la teoría de los actos de relacionamiento, como ejemplo citó la sentencia SL2877 de 2020 que reiteró lo dicho en la sentencia SL de 2008, radicado 31989 y la sentencia SL 1688 DE 2019. También precisó que la misma Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2308 de 2020 siguió la línea jurisprudencial de la Sala permanente. Por lo anterior, declarada no probada la excepción de inexistencia de la obligación y probada la ineficacia.

Declaró no probada la excepción de prescripción, señalando que tal fenómeno no afecta la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que este corresponde a un estado jurídico que no se afecta por el transcurso del tiempo de conformidad con lo explicado en la sentencia SL1688 de 2019.

En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por PORVENIR S.A y las excepciones de inexistencia de la obligación de devolver gastos de administración y seguro previsional que fueron propuestas por PROTECCION SA, señaló que en la sentencia SL2877 del 2020 se indicó que la ineficacia implica la devolución de todos los dineros que fueron aportados por el afiliado a la cuenta de ahorro individual y además la decisión de reintegro afecta a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el demandante en el RAIS, por lo que declaró no probadas dichas excepciones.

Estableció que, como consecuencia de la ineficacia del traslado, COLPENSIONES debe validar la afiliación del demandante al RPMPD y a su vez las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., devolver a esa entidad la totalidad de las cotizaciones recibidas del actor, así como las sumas percibidas por conceptos de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional, con cargo a sus propias utilidades.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada PORVENIR:

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

- Que la sentencia se debe revocar porque resulta en contravía del artículo 964 del Código Civil y de la Ley 100 de 1993, pues como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir y se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones ya que son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos.
- Que para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que lo mismo sucede con el seguro previsional debido a que las aseguradoras ya prestaron sus servicios, lo que no se puede retrotraer cuando son terceros ajenos al proceso.

- Que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues consecuencia de la nulidad declarada se debe presumir que nunca existió afiliación al RAIS y al no existir esta tales rendimientos no se hubieran generado, no obstante, entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta de ahorro individual, pero no se entiende que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión de esa entidad, toda vez que gracias a su buena administración el afiliado a incrementado su capital, que la administradora del RPMPD no efectuó ninguna gestión de administración en este mismo periodo y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa, por lo que de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil se considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución.

3.2 De la parte demandada COLPENSIONES:

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

- Que en el debate probatorio se logró demostrar la debida, comprensible y suficiente información al momento de realizarse la afiliación al RAIS y con los posteriores traslados.
- Que se sustenta el recurso bajo la teoría de los actos de relacionamiento ya que hay diferentes comportamientos del actor que permiten demostrar su deseo de permanencia en el RAIS, tales como el haber estado vinculado por más de 20 años al mismo, no realizar averiguación alguna respecto de sus condiciones pensionales y realizar traslados horizontales dentro del mismo régimen cuando aún podía retornar a COLPENSIONES.
- Que disiente de la condena en costas porque esa entidad no fue determinante en el traslado de régimen y no podía aceptar el mismo sin acudir a un proceso judicial, en consecuencia, se debía ejercer la defensa protegiendo sus intereses.

3.3 De la parte demandada PROTECCIÓN S.A:

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que no es procedente devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración por tratarse de prestaciones ya acaecidas; que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a la buena gestión de la AFP, por lo tanto son conceptos excluyentes y no hay causa fáctica ni jurídica para devolverlos al afiliado toda vez que se estaría desconociendo el trabajo que durante años ha realizado su representada, vulnerándose el derecho a las restituciones mutuas con sus frutos, intereses y mejoras, violándose el artículo 1746 del Código Civil en consonancia con el 976 ibidem.
- Que el seguro previsional se pagó mensualmente, lo que se hizo con base en la ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio que es un tercero de buena fe a quien no se le puede reclamar lo pagado.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

5. ALEGATOS

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

• Demandante:

El apoderado del demandante GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO manifestó que, según la doctrina probable establecida por la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba está en cabeza de los Fondos Privados de Pensiones, el formulario de afiliación no es válido para demostrar que se cumplió con el deber de información y no se requiere tener un beneficio tradicional para que proceda la ineficacia del traslado de régimen de pensiones, pues el deber de información aplica para todos.

Que los Fondos Privados de Pensiones no pudieron probar que hayan suministrado la información al momento del traslado de régimen de pensiones y tampoco antes de que su poderdante cumpliera los 52 años de edad. Que se evidencia dentro del interrogatorio de parte que el demandante fue engañado por los asesores de las AFP para que pudiera trasladarse y mantenerse en su sistema.

Que los traslados horizontales que realizó el actor durante su vida laboral en el RAIS no convalidan el deber de información de las AFP en el momento del acto jurídico del traslado, siendo este el oportuno.

• Demandado:

La apoderada de la demandada COLPENSIONES, solicita que se revoque la decisión proferida en primera instancia y se absuelva a su representada de todas las pretensiones del demandante. Manifestó que no existen fundamentos de hecho o de derecho suficientes que sustenten la declaratoria de la ineficacia o nulidad de traslado pretendida, ya que no basta la simple afirmación de “no haber recibido una debida información” al momento de realizarse el traslado, actos que no le corresponden a esa entidad y de los cuales no tuvo conocimiento, simplemente acató la voluntad del demandante de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad.

Que el acto de afiliación al RAIS lo realizó la parte actora en forma libre y voluntaria, cumpliendo con los requisitos legales de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, bajo el derecho a la libre elección de régimen que le asiste y que se consagra en el artículo 48 de la Ley 1328 del 2009.

Que 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.

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.

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

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

Señaló que no está de acuerdo en devolver los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, porque se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital. Igualmente, que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado, no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, no obstante, lo anterior, la sociedad administradora de pensiones entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta individual, lo que no se entiende es que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión del Fondo de Pensiones. Que, además, debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa.

Que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución. También señaló, que las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato, el cual no tiene carácter de gratuidad. Que la condena en costas no se ajusta a derecho pues esa entidad no incurrió en falta alguna.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

En cuanto a la remisión del proceso radicado 2022-00306, que realizó el Juzgado Séptimo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín el día 22 de septiembre de 2.022, de acuerdo a lo ordenado en providencia de la misma fecha con el fin de que se acumulara al presente trámite, debe decirse que según lo establecido en el numeral 3. ° del artículo 148 del CGP, las acumulaciones en los procesos declarativos proceden hasta antes de señalarse fecha y hora para la audiencia inicial, razón por la cual no procede en este caso, pues en el presente expediente, por auto del 25 de julio de 2.022 se fijó la fecha para llevar a cabo la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento del proceso y fijación del litigio.

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por el señor GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO del RPMPD al RAIS por medio de DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado implica que las A.F.P. demandadas deban devolver a COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas por el demandante que están en su cuenta de ahorro individual, así como las demás sumas ordenadas, con cargo a sus propias utilidades por el periodo en que el actor permaneció afiliado a cada una de estas administradoras?

8. CONSIDERACIONES:

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si el traslado del señor GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y la orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES, pues esto implicaría que el demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD.

Al respecto la A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que la jurisprudencia ha identificado claramente que, desde su nacimiento, las A.F.P. tenían el deber de suministrar información suficiente para que el consentimiento fuera realmente libre y voluntario, lo que no se demuestra con la sola suscripción del formulario y no se convalida con los traslados realizados por el actor dentro del RAIS, por lo que en ausencia de otra prueba accede a las pretensiones y ordena la devolución de los aportes con todos los valores descontados.

A esta conclusión se opuso PORVENIR S.A. alegando que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, y deben operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional. Por su parte Colpensiones manifiesta que se demostró la debida, comprensible y suficiente información al momento de realizarse la afiliación al RAIS y con los posteriores traslados, por lo que opera la teoría de los actos de relacionamiento. PROTECCIÓN S.A. argumentó que no es procedente devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración por tratarse de prestaciones ya acaecidas y excluyentes, y porque se estaría desconociendo el trabajo realizado por esa entidad, vulnerándose el derecho a las restituciones mutuas con sus frutos, intereses y mejoras, así mismo, que el seguro previsional se pagó mensualmente con base en la ley y fue girado directamente a la aseguradora que es un tercero de buena fe a quien no se le puede reclamar lo pagado.

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

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

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

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus

funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

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

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

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

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

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

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen

pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.; pues argumenta el demandante que al suscribir el formulario con el cual se dio el traslado de régimen pensional, no recibió ningún tipo de asesoría profesional, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

El demandante manifestó que cotizó al RPMPD desde agosto de 1985 y en mayo de 1.997 se trasladó a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., lo que hizo firmando el formulario de afiliación a esa entidad, sin ningún tipo de asesoría profesional en la materia. Que posteriormente se trasladó dentro del RAIS a otros fondos de pensiones y nunca le brindaron asesoría.

Del expediente se puede evidenciar que el actor estuvo inicialmente afiliado al RPMPD desde agosto de 1985 según consta en su historia laboral y en certificado del SIAFP; que desde junio de 1.997 se trasladó de régimen pensional (según historia laboral) y posteriormente dentro del RAIS realizó varios traslados entre Administradoras de Fondos de Pensiones (ING, HORIZONTE, PORVENIR y PROTECCIÓN), según consta en el certificado del SIAFP; que el traslado entre regímenes se dio a través de la afiliación a DAVIVIR, lo que se hizo con la solicitud de vinculación N° 514667 de fecha 26 de mayo de 1.997 y que con solicitud de vinculación N° 98-0171079 de fecha 10 de julio de 1.998 se trasladó HORIZONTE, encontrándose con afiliación activa en la A.F.P. PROTECCIÓN al momento de presentar la demanda.

Lo primero a destacar, es que la A.F.P. DAVIVIR fue adquirida por el GRUPO SANTANDER en 1999 y posteriormente esta fue vendida al GRUPO ING, quien en 2013 se fusionó con A.F.P. PROTECCIÓN¹; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva, al corresponder cualquier responsabilidad sobre la actual afiliación del actor a la aquí demandada. Respecto a la administradora de fondos de pensiones HORIZONTE S.A., esta conforma hoy la A.F.P. PORVENIR S.A.²; razón por la que tampoco existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva en cuanto a esta entidad.

Se resalta que en el expediente reposa el formulario de solicitud de vinculación N° 514667 al Fondo de Pensiones DAVIVIR de fecha 26 de mayo de 1.997, que fue suscrito por el demandante y no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento en que el actor se trasladó de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO, no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario por medio del cual se trasladó de régimen pensional, para

¹ Ver reporte en prensa:

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

² Ver reportes en prensa:

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

alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Como se explicó, no obra prueba alguna que dé cuenta si DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A, brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para mayo de 1.997 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía el referido con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

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

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

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

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que DAVIVIR, hoy 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 la suscripción del formulario por el demandante en el año 1.997, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral, donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

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

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

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

Por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A, deberán devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

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

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

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

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

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con

solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

De lo anterior se desprende, que por los efectos ex tunc de la declaratoria de ineficacia, las AFP están llamadas a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven y deben devolver los aportes a COLPENSIONES a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1.997 en esa entidad.

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

Respecto a los actos de relacionamiento, teniendo en cuenta que en el presente caso el actor dentro del RAIS realizó varios traslados a diferentes fondos de pensiones, es importante traer a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 2877 de 2.020 a través de la cual cita el pronunciamiento realizado por esa misma corporación en el rad. 31989 del 09 sep. 2.008, en el que precisó: “*la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales*”.

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

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

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

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

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

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

Conforme a lo anterior, la Sala confirma la decisión adoptada en primera instancia por la Juez Tercera Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 16 de agosto de 2.022. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor del actor por la segunda instancia la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las entidades previamente mencionadas.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 16 de agosto de 2.022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**

(En permiso)
**ELVER NARANJO
MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 1 de diciembre de 2022



Secretario



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

Cúcuta, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2001-00168-05
RADICADO INTERNO:	20.013
DEMANDANTE:	CIMIENTO GRUPO INMOBILIARIO S.A.S. como cesionario de NORA MARÍA CARVAJALINO
DEMANDADO:	LILIAM CASTRO ROCA

Magistrada ponente:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022, procede la Sala de Decisión Laboral en el proceso ordinario laboral referenciado, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra del auto del 13 de junio de 2.022 proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por medio del cual se resolvió la nulidad propuesta por la pasiva.

1. ANTECEDENTES.

La señora NOHRA MARIA CARVAJALINO presentó demanda ejecutiva contra la señora LILIAM CASTRO ROCA el 17 de mayo de 2001, para que se librara mandamiento de pago por las obligaciones contenidas en fallos de primera y segunda instancia de proceso de separación de cuerpos, liquidación de sociedad conyugal y partición de bienes, dentro del cual adelantó incidente de regulación de honorarios profesionales donde se le asignaron a cargo de la aquí demandada los correspondientes conceptos a cancelar; en el curso del proceso se rechazaron los medios exceptivos propuestos en providencia del 31 de agosto de 2001, ordenando seguir adelante con la ejecución.

Mediante las actuaciones sucesivas y que constan en las copias remitidas a esta Sala de Decisión, se aprecian los trámites adelantados en materia de medidas cautelares para materializar la ejecución de las obligaciones adeudadas; igualmente diferentes solicitudes de la parte demandada para invalidar las actuaciones, incluyendo un primer incidente de nulidad propuesto por la señora LILIAM CASTRO ROCA, solicitando se declare la nulidad de todo lo actuado a partir incluso de la admisión de la demanda conforme las causales 1, 2, 3 y 4 del artículo 140 del C.P.C. (hoy 133 del C.G.P.), entre otras normas en cita y alegando en los supuestos de hecho diferentes irregularidades que advierte han sucedido, inclusive desde la actuación en los juzgados de familia que antecedieron a la presentación de este proceso ejecutivo, a lo que agrega que indebidamente se libró mandamiento de pago por la vía laboral en lugar de la civil y que el presente proceso realmente comprende un título complejo que no reúne plenamente los requisitos para su ejecución, sirviendo como sustento de un fraude procesal y un enriquecimiento sin causa real y lícita; en providencia del 26 de julio de 2017, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta resolvió

en su numeral sexto rechazar de plano la solicitud de nulidad incoada y esto fue confirmado en auto del 1 de junio de 2018 por esta Sala de Decisión.

Paralelo a esta actuación, se siguieron adelantando los trámites correspondientes a materialización del embargo y secuestro de un bien inmueble de la demandada, por el cual hubo oposición al secuestro que fue resuelta desfavorablemente; se tramitaron diferentes actuaciones como aprobación de las liquidaciones de crédito, otra solicitud de nulidad procesal propuesta por la demandada que fue rechazada de plano en auto del 23 de noviembre de 2021 y se aceptó la cesión del crédito celebrado entre NOHRA MARÍA CARVAJALINO y la sociedad CIMIENTO GRUPO INMOBILIARIO S.A.S., en auto del 26 de abril de 2022 y en auto del 2 de mayo de 2022 se dispuso ordenar la actualización del avalúo del inmueble a rematar.

La demandada presentó memorial para que se revocara el auto del 2 de mayo de 2022 alegando la ilegalidad del auto con la valoración errada del título ejecutivo inducido por la parte ejecutante y violación al debido proceso por inexistencia de título ejecutivo, configurándose nulidad por el artículo 29 de la Constitución Política y el numeral 2° del artículo 133 del C.G.P., violación del principio non bis in ídem y desconocimiento del derecho sustancial por inducción a error en liquidaciones incorrectas; señalando que el auto ilegal no vincula procesalmente al Juez, en cuanto es inexistente y en consecuencia, la actuación irregular del Juez, en un proceso, no puede atarlo al mismo para siga cometiendo errores y siguiendo este parámetro, la inexistencia del título ejecutivo que se busca ejecutar constituye un ostensible error judicial por valoración indebida de las pruebas por las que se libró el mandamiento de pago.

2. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL AUTO IMPUGNADO

2.1. Identificación del Tema de Decisión.

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada en contra del auto del 13 de junio de 2.022 que fue proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por medio del cual se resolvió RECHAZAR de plano la solicitud de nulidad propuesta por la parte actora, conforme a lo considerado.

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez a quo fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- Que conforme los requisitos para alegar la nulidad contenidos en el artículo 135 del C.G.P., carece la parte ejecutada de legitimación para proponer la presente nulidad debido a que tuvo la oportunidad para solicitar lo que en esta oportunidad pretende y proponer las excepciones previas para atacar el título y discutir en el debido momento todo lo que hoy alega, pero en su contestación de demanda solo propuso excepciones de mérito que le fueron resueltas desfavorablemente, no pudiendo accederse en esta etapa procesal a resolver sobre situaciones que incluso ocurrieron antes del mandamiento de pago, de acuerdo a lo que expuso en la solicitud.

- Que el auto materia de nulidad corresponde a la providencia que aceptó la cesión del crédito entre la señora NORA MARÍA CARVAJALINO DE CONTRERAS y la sociedad CIMIENTO GRUPO INMOBILIARIO S.A.S., teniendo a esta como nueva ejecutante, y requirió para que allegaran el avalúo actualizado del inmueble para proceder con el remate; por lo que la petición no guarda relación directa con el auto atacado.

- Que los hechos alegados no se enmarcan en la causal invocada, “cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia”, pues la providencia del 2 de mayo de 2022 no procede contra ninguna actuación que haya conocido el superior, ni se ha revivido un proceso legalmente concluido pues no se conoce de la existencia de alguno y tampoco se han pretermitido instancias procesales.

- Que previamente, con auto del 01 de junio de 2018, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta confirmó la decisión adoptada en auto del 26 de julio de 2017 que rechazó la nulidad solicitada por la misma ejecutada y que resulta similar en argumentos a la que en esta oportunidad presenta; ante ello, causal invocada ya había sido alegada previamente por la ejecutada, y en ambas instancias le fue rechazada siendo los argumentos prácticamente los mismos, no siendo dable volverlos a plantear y menos cuando se dejaron de proponer oportunamente en las respectivas instancias procesales.

3. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada presentó recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Que nadie está obligado a lo imposible, pues la sentencia proferida por el Tribunal Superior Sala Civil Familia dentro del incidente de regulación de honorarios el 15 de marzo de 2000 y por el Tribunal Superior Sala Civil Familia el 28 de septiembre del 2000, no hacía tránsito a cosa juzgada conforme al artículo 304 del C.G.P., es contraria a las liquidaciones aprobadas por el ad quo en las liquidaciones presentadas por la abogada MARIA CAROLINA REYES VEGA y por el perito designado por el despacho; indicando que nadie puede ser sancionado dos veces por los mismos hechos como ocurre efectivamente en este caso, al proferir nuevamente condena por honorarios por los mismos hechos, entre las mismas partes y cuya causa es ilícita

- Que no puede el juez fundamentar su decisión en lo resuelto previamente por el Tribunal Superior de Cúcuta, pues la presente no es una obligación exigible por estar sometido a una condición suspensiva y esa sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta no hace tránsito a cosa juzgada la inobservancia, como sí lo es la la sentencia del Tribunal Superior Sala Civil Familia de Cúcuta dentro del proceso de liquidación de la sociedad conyugal radicado 561 que obra como prueba dentro de este proceso de fecha; resaltando que esta Sala reconoció la naturaleza insaneable de la nulidad propuesta y que por ende debía decretarse de oficio.

- Que existe una nulidad de pleno derecho que opera por disposición legal, sin prescripción ni convalidación, surgiendo desde que se profirió un mandamiento de pago sin cumplir los requisitos sustanciales exigidos por la ley, que luego insistió al descartar las excepciones propuestas y omitir las pruebas solicitadas, generando una decisión contradictoria a la verdad real y material y procesal, derivando obligaciones de errores y un título sin cumplimiento de requisitos.

- Que otro error inducido por la ejecutante y su apoderada judicial que se ha omitido en la sentencia y las aprobaciones de liquidaciones, es la presentación de hechos de una manera engañosa, temeraria de mala fe y dolosa para obtener sentencias a su favor con un incremento patrimonial injustificado, valorando erróneamente los títulos ejecutivos y desconociendo como está probado dentro del proceso con la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta Sala Penal de fecha 25 de julio de 2002 y 25 de octubre de 2002, donde se desvirtúa por completo las sumas aprobadas por

el despacho y se demuestra la inexistencia las sumas aprobadas por el despacho; señalando diferentes decisiones de otros despachos en la Sala Civil Familia y el Juzgado Primero de Familia, para que le fijaran honorarios, desconociendo que ya existía cosa juzgada.

- Que el artículo 29 de la Constitución garantiza el debido proceso, incluyendo el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso, señalando que actos contrarios al principio de legalidad deben ser revocados y debe prevalecer el derecho sustancial; señalando que una decisión no puede convalidarse si no respeta los procedimientos establecidos en la Constitución y la Ley; indicando que cursó proceso ordinario laboral radicado No 0238 de 1999 en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en donde se propuso las excepciones de falta de competencia, pleito pendiente e inexistencia del contrato que tampoco se tuvieron en cuenta y que se acumularon en este ejecutivo, afectando el derecho a no ser juzgado dos veces

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

- Parte demandante:** El apoderado de la parte demandante expone que coincide con los argumentos expuestos en la decisión de primera instancia que rechazó la nulidad de plano y agrega que la situación reclamada no estructura la causal de nulidad alegada.

- Parte demandada:** La demandada en su escrito manifiesta que solicita la declaratoria de nulidad por la violación al debido proceso, inducción en error y actuaciones prohibidas en la Constitución y la Ley, dadas las graves irregularidades que afectan el proceso e inclusive desconocen el principio *non bis in idem* y la prevalencia del derecho sustancial, pues las sentencias que se pretenden ejecutar no producen los efectos de cosa juzgada y constituyen un título ejecutivo inexistente, dado que solo la parte cumplida puede ejecutar la resolución y esta demanda ejecutiva se admitió sin dicha verificación, la obligación no era exigible y estaba sometida a una condición suspensiva que impide ejecutarla, por lo que advierte que la decisión constituye un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante. Advierte que no se valoró tampoco que existe otro proceso ejecutivo donde se reclama el contrato de prestación de servicios y por lo tanto estos honorarios regulados son un doble cobro, existiendo sentencias contradictorias en la especialidad penal y civil que inducen en error a los juzgadores. Reiterando los demás argumentos expuestos en el recurso de apelación.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

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

¿Resultaba procedente rechazar de plano la nulidad propuesta por la demandada LILIAM CASTRO ROCA contra las actuaciones adelantadas en el proceso ejecutivo?

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo en cuenta los antecedes, es preciso indicar, que la providencia apelada es susceptible de este recurso, según lo dispuesto en el numeral 6° 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*”.

Así las cosas, el eje central del litigio radica en determinar si erró el juez a quo, al rechazar de plano la solicitud de nulidad invocada por la demandada, señalando, que incumple los requisitos legales para ser propuestas pues las irregularidades procesales alegadas debieron proponerse en su oportunidad legal correspondiente y en todo caso no encajan en la causal propuesta, existiendo ya una decisión previa que en ambas instancias negó la nulidad por las mismas alegaciones; contra lo cual propone apelación la demandada, insistiendo en que el presente proceso ejecutivo se adelanta con desconocimiento de sus garantías procesales, especialmente al de cosa juzgada y *non bis in idem*, dando validez a un título ejecutivo sin requisitos legales y que induce a error a la autoridad judicial.

Las causales de nulidad previstas en materia procesal fueron instituidas por el legislador para corregir las irregularidades ocurridas dentro del proceso a fin de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes, las cuales adquieren el carácter de taxativas en la medida que no es posible declarar como nulidad cualquier anomalía que no esté prevista en la ley, concretamente en el artículo 133 del C.G.P.

En memorial del 5 de mayo de 2022, la parte demandada formuló la nulidad indicando como causales: violación grave al debido proceso (Artículo 29 de la Constitución), numeral 2 del artículo 133 del C.G.P., desconocimiento del principio *non bis in idem* y afectación al derecho sustancial por valoración errada del título ejecutivo, fundado en que se incurrió en un error en las decisiones que ordenaron seguir adelante la ejecución y que cursan acumuladas en este trámite, por cuanto hubo valoración errada de las pruebas y excepciones propuestas, que se mantiene a la fecha al insistir en la supuesta exigibilidad de las obligaciones propuestas.

Dentro de los requisitos estatuidos por el legislador para alegar la nulidad se consagra en el inciso primero del artículo 135 del C.G.P.: que la parte que la alega deberá expresar su interés para proponerla, la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, e igualmente, aportar y solicitar pruebas que pretenda hacer valer, aspectos que el Juez debe analizar al momento de presentarse la correspondiente solicitud de nulidad; además, en su último inciso señala que el juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en el capítulo relativo a nulidades procesales o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación.

En este caso, llama la atención de la Sala como lo hizo del *a quo*, que previamente en memorial del 5 de junio de 2017, la parte accionada ya propuso una solicitud de nulidad alegando irregularidades procesales insaneables fundada principalmente en la inexistencia del título ejecutivo por estar no fundado en una obligación con causa real y lícita, señalando que la parte actora indujo a error a la autoridad judicial para obtener el mandamiento de pago de este asunto por la regulación de honorarios fijada en la Jurisdicción de Familia y otro por el incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales; invocando las mismas causales expuestas en el nuevo memorial del 5 de mayo de 2022.

La nulidad anterior también fue rechazada de plano por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, señalando en auto del 26 de julio de 2017 que las apreciaciones cuestionan diferentes providencias anteriores que se adelantaron sin manifestar su inconformidad quedando debidamente ejecutoriadas y por lo tanto subsanada cualquier irregularidad que se hubiera podido presentar, careciendo de legitimación entonces por no haber propuesto las medidas oportunas que correspondían; decisión que fue confirmada por esta Sala, en auto del 1 de junio de 2018, donde se indicó lo siguiente:

“En este caso, asiste razón al A Quo al estimar que los fundamentos de hecho que con detalle se narran por parte de la solicitante entre los folios 183-193 no se enmarcan en manera alguna en las tres causales invocadas; pues las supuestas irregularidades que alega ocurrieron, inclusive antes del inicio de este proceso ejecutivo en el incidente de regulación de honorarios que se adelantó ante Juez de Familia, sin que exista un supuesto de hecho donde se haya declarado la falta de jurisdicción o competencia, se haya actuado contra providencia ejecutoriada del superior, revivido proceso concluido, pretermitido alguna instancia o se haya cambiado injustificadamente el juez de conocimiento.

Agregado a lo anterior, al contestar la demanda en su oportunidad procesal, la señora LILIAN CASTRO ROCA solo propuso excepciones de mérito y en ningún momento ejerció los demás medios de defensa judicial que para el año 2001 hubieran permitido evidenciar lo que hoy alega, de manera que sus actuaciones en ese momento sin haber presentado el incidente de nulidad imposibilitan tanto al Juez de Instancia como al Superior Jerárquico a emitir un pronunciamiento de fondo, pues la misma norma establece que cuando un sujeto procesal actúa en el proceso sin interponer primero la nulidad, pierde su legitimidad para proponer esta solicitud posteriormente.

Ahora bien, el ejercicio del derecho de defensa y contradicción es una garantía inherente a la calidad de sujeto procesal como alega la apelante, pero este debe ejercerse dentro de las oportunidades que el ordenamiento jurídico plantea y no cuando la parte lo estima conveniente, so pena de que se apliquen las consecuencias procesales correspondientes; como sucedió en este caso concreto, la demandada LILIAN CASTRO ROCA propone en el año 2017 su incidente de nulidad con fundamento en hechos ocurridos inclusive con anterioridad al año 2001, momento donde ejerció su derecho de defensa sin proponer la irregularidades que en sus términos ya se habían generado, con lo cual se constituye una causal de extemporaneidad para no admitir a estudio la ocurrencia de las nulidades incoadas.”

Igualmente, se destaca que la demandada interpuso mientras cursaba un recurso de apelación en el incidente de regulación de perjuicios por la oposición al secuestro, otro memorial durante 2018 insistiendo en la petición de revocar todas las actuaciones en este proceso ejecutivo por carecer de título legal para el mandamiento de pago, invocando el numeral 2° del artículo 133 del C.G.P. y reiterando diferentes actuaciones en el curso que considera contrarias al debido proceso constitucional por vulnerar la cosa juzgada y el *non bis in idem*; sobre lo cual se pronunció la Sala en providencia del 26 de abril de 2019, indicando:

“Revisada la solicitud, si bien propone que se declare una prescripción o caducidad, lo cual sería abiertamente improcedente por cuanto estas debieron proponerse como medios exceptivos antes de la sentencia de instancia y al no estar legalmente contemplada su aplicación al trámite de ejecución, como sucede por ejemplo con el desistimiento tácito; la verdadera petición de la señora CASTRO ROCA es reiterar la nulidad que alega existe en este proceso, sustentada nuevamente en los numerales 2 y 7 del artículo 133 del C.G.P., lo cual ya fue resuelto en ambas instancias.

Además, aunque le asiste razón a la señora CASTRO ROCA al enunciar que es insaneable la nulidad propuesta de proceder contra providencia ejecutoriada del superior y revivir proceso legalmente concluido de que trata el numeral 2° del art. 133; no obstante, en los términos del artículo 134 del C.G.P., las nulidades solo puede alegarse en segunda instancia cuando ocurren durante ese trámite y, como en la solicitud resuelta en auto que antecede, los fundamentos de hecho de la nulidad se dirigen contra la sentencia del proceso ejecutivo de fecha 30 de agosto de 2001 y no contra una actuación originada en esta segunda instancia.

Por lo anterior, es del caso rechazar de plano la solicitud de la demandada por improcedente; no sin antes reiterar, que la presente y la anterior decisión no niegan el ejercicio del derecho a la defensa como erradamente afirma la accionada, pues los funcionarios judiciales deben aplicar estrictamente las disposiciones procesales que establecen las oportunidades para interponer las solicitudes de nulidad, para garantizar el principio de seguridad jurídica de las actuaciones judiciales y previamente se explicó, con plena claridad, las razones que permiten concluir que no era posible por la señora CASTRO ROCA proponer nulidades ocurridas inclusive antes del presente proceso ejecutivo y tras haber actuado desde el 2001 hasta el 2017 sin proponerlas.”

Resulta evidente entonces que la demandada ya había solicitado previamente la misma solicitud de nulidad procesal, fundada en los mismos hechos y argumentos jurídicos, los cuáles fueron analizados en primera y segunda instancia para determinar su improcedencia por tratarse de irregularidades que no encajaban en la causal propuesta y que debieron proponerse en la oportunidad correspondiente; resaltando que en el presente asunto se dejaron de ejecutar los recursos en diferentes actuaciones atacadas, no siendo dable casi 20 años después de dictado el auto de seguir adelante la ejecución, seguir controvirtiendo la legalidad del mandamiento de pago cuando ni siquiera se apeló el auto que ordenó seguir adelante la ejecución y pese a que el proceso tuvo constante actividad procesal desde el año 2003, solo hasta 2017 se interpuso la primera nulidad.

En esa medida, aunque las decisiones contenidas en autos interlocutorios no constituyen efectos de cosa juzgada, pues por expresa disposición del entonces artículo 303 del C.G.P., este efecto solo puede predicarse de las sentencias, el artículo 132 del C.G.P. sí señala lo siguiente: “*Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, **salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes**, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación*”; de lo que deviene la improcedencia de volver a plantear solicitudes de nulidad fundadas en los mismos hechos que ya fueron objeto de control de legalidad, solo siendo procedente analizar nulidades suscitadas por hechos nuevos posteriores a los ya revisados.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia que rechazó de plano la nulidad procesal propuesta, por carecer de legitimación la demandada en la medida que ya se han resuelto los mismos argumentos previamente y ser improcedente volver a alegarlos.

Finalmente, al no prosperar el recurso, se condenará en costas de segunda instancia al apelante, fijando como agencias en derecho la suma de \$250.000 a favor de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la providencia proferida el trece (13) de junio de dos mil veintidós (2.022) por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones explicadas.

Segundo: CONDENAR en costas a la parte demandada por ser desfavorable el recurso de apelación. Fijar como agencias en derecho a favor de la parte demandante la suma de \$250.000.

Tercero: Devolver el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

(En permiso)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 1 de diciembre de 2022



Secretario



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

Cúcuta, Treinta (30) de Noviembre de Dos Mil Veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2010-00511-01
RADICADO INTERNO:	19.947
DEMANDANTE:	MARÍA ELENA VÁSQUEZ ROJAS como curadora de ALIRIO VÁSQUEZ ROJAS
DEMANDADO:	COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora MARÍA ELENA VÁSQUEZ ROJAS, como curadora del señor ALIRIO VÁSQUEZ ROJAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2010-00511-01, y Radicación Interna No 19.947 de este Tribunal Superior, para decidir el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia del 2 de septiembre de 2011, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

La señora MARÍA ELENA VÁSQUEZ ROJAS como curadora del señor ALIRIO VÁSQUEZ ROJAS; demanda ordinaria laboral contra el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL (Hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES) para que se reconozca y pague el retroactivo pensional del 5 de septiembre de 1993 hasta el 1 de febrero de 1994 que alega fueron omitidas en Resolución No. 1097 de 2009, junto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o indexación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere, que desde el año 2006 inició el procedimiento para solicitar le pago de la pensión de sobreviviente de su representado, para que le fueran reconocidas las mesadas dejadas de cancelar desde el 5 de septiembre de 1993 por la prestación derivada por el fallecimiento de la señora CAROLINA ROJAS DE VÁSQUEZ y que fue interrumpida en el pago por la muerte del señor CARLOS VÁSQUEZ, siendo el señor ALIRIO VÁSQUEZ ROJAS un hijo inválido declarado interdicto judicial.

Que el I.S.S. ordenó el pago de unos dineros en la Resolución No. 1097 de 2009 donde acceden al reconocimiento pero ordenando el pago desde el 1 de febrero de 1994, pese a que allí mismo reconocen que se dejó de cobrar desde el 5 de septiembre de 1993

El demandado INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL se opone a que se declare el reconocimiento y pago del retroactivo pensional alegando que carece de fundamento legal y fáctico, solo aceptando la resolución expedida. Propone como excepciones de mérito PRESCRIPCIÓN y GENÉRICAS.

Mediante audiencia del 2 de septiembre de 2011, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta profirió sentencia de primera instancia accediendo a las pretensiones; decisión que no fue apelada por ninguna de las partes. A partir de esta actuación se presentaron diferentes liquidaciones de crédito por la partes y actos administrativos de la demandada. Posteriormente en auto del 8 de abril de 2022 se aprobaron las costas y tras esta actuación, la apoderada de COLPENSIONES radica solicitud de nulidad procesal por no surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta y pretermitir íntegramente una instancia, a lo cual se accedió en auto del 14 de junio de 2022.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del tema de decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca del Grado Jurisdiccional de Consulta sobre la sentencia del 2 de septiembre de 2011 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, que resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR QUE EL DEMANDADO INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL TIENE LA OBLIGACION DE RECONOCER Y PAGAR AL DEMANDANTE ALIRIO VASQUEZ ROJAS REPRESENTADO POR SU HERMANA MARIA HELENA VASQUEZ ROJAS SU PENSION RETROACTIVA DE SOBREVIVIENTE A PARTIR DE SEPTIEMBRE DE 1993 HASTA ENERO 30 DE 1994 PORQUE YA SE EMPEZO A PAGAR DESDE FEBRERO 1 DE 1994 INCLUYENDO LA MESADA ADICIONAL DE 1993 LIQUIDADAS CON SALARIO MINIMO LEGAL VIGENTE PARA ESOS AÑOS DE \$ 81.500,00 Y \$98.700,00 QUE TOTALIZA LA SUMA DE \$ 506.250,00, MAS LA INDEXACION A PARTIR DE SEPTIEMBRE 30 DE 1993, MAS LOS INTERESES DE MORA A PARTIR DE LOS CINCO DIAS, SIGUIENTES A LA FECHA DE ESTA SENTENCIA, DECLARANDO NO PROBADA LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION.

SEGUNDO: CONDENAR AL DEMANDADO INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, A PAGAR PENSION VITALICIA DE VEJEZ DENTRO DE LOS CINCO DIAS SIGUIENTES A ESTA SENTENCIA, AL DEMANDANTE LAS MESADAS PENSIONALES RETROACTIVAS EN CUANTIA DE \$ 506.250,00 INCLUYENDO LA ADICIONAL DE 1993, MAS LA INDEXACION A PARTIR DE SEPTIEMBRE 30 DE 1993, MAS LOS INTERESES DE MORA A PARTIR DE LOS CINCO DIAS SIGUIENTES A LA FECHA DE ESTA SENTENCIA HASTA CUANDO SE HAGA EL PAGO EFECTIVO DE LAS MESADAS RETROACTIVAS PENSIONALES LIQUIDADAS.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS AL DEMANDADO INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL.

CUARTO: ABSOLVER AL DEMANDADO INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL DE LOS DEMAS CARGOS IMPETRADOS EN LA DEMANDA.”.

2.2. Fundamentos de la decisión de primera instancia.

El Juez *a quo* fundamentó su decisión en lo siguiente:

- Que el objeto del debate jurídico a desarrollar es el reconocimiento del derecho al pago de mesadas pensionales al “discapacitado” (sic) ALIRIO VASQUEZ ROJAS, ya pensionado desde 1988 por el fallecimiento de su señora madre y se requiere el pago de la indexación e intereses de mora a lo que se opone la parte accionada porque considera que ha operado la prescripción.

- Señala, que con la demanda se acompaña reclamación administrativa donde se pide, que en la Resolución No. 1097 de 2009 que reconoce el derecho el I.S.S., no tuvo en cuenta las mesadas del año 1993 y que a la fecha de la demanda no había sido resuelto el recurso de apelación; argumentando que desde el señor VÁSQUEZ ROJAS es una persona discapacitada que fue reconocido como beneficiario de la pensión de sobreviviente de la madre, pero que tras el fallecimiento del padre dejó de cobrar la pensión por haber quedado sin representación legal y quedó imposibilitado física y psíquicamente para ejercer sus derechos.

- Sobre la prescripción, señala, que en la citada Resolución No. 1097 no se hace mención a la misma pero de forma extraña y sin explicación deja de reconocer el retroactivo desde el 5 de septiembre de 1993 para ordenar el pago desde el 1 de febrero de 1994, olvidando así seis mesadas que debió haber ordenado y como no se alega ninguna razón justa para dicha omisión, se accede a las pretensiones descartando de plano la excepción de prescripción por cuanto el artículo 151 del C.P.L. no se aplica sino el artículo 2530 del Código Civil, por remisión analógica, que determina como protección a la persona discapacitada que se suspende la prescripción ordinaria en su favor.

- Por lo anterior, ordena el pago de las mesadas adeudadas, ordenando la indexación a partir del 30 de septiembre de 1993 a la fecha de la sentencia y a partir de esta, ordena el pago de intereses moratorios, aunque advierte que para la fecha de la mora no había entrado en vigencia la Ley 100 de 1993 pero accede a las mismas para evitar la desprotección de la persona discapacitada.

3. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida para alegar de conclusión, las partes manifestaron lo siguiente:

- **Parte Demandante:** No presentó alegatos.

- **Parte Demandada:** La apoderada de COLPENSIONES señala que a través de Resolución n.1097 del 2009, expedida por el ISS Seccional Santander, se ordenó continuar con el pago de la Pensión de Sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de la señora CARLINA ROJAS DE VÁSQUEZ al señor ALIRIO VÁSQUEZ ROJAS representado por su hermana MARÍA ELENA VÁSQUEZ ROJAS, junto al retroactivo pensional correspondiente y la entidad ha venido reconociendo debidamente esa prestación.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. DEL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que se va a desarrollar en el presente caso es el siguiente:

¿Si el demandante ALIRIO VÁSQUEZ ROJAS tiene derecho al pago del retroactivo pensional por las mesadas del 5 de septiembre de 1993 al 1 de febrero de 1994 que alega fue omitido por el I.S.S. (Hoy COLPENSIONES) en Resolución No. 1097 de 2009, junto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación?

6. CONSIDERACIONES

En el presente caso, la Señora MARÍA ELENA VÁSQUEZ ROJAS como curadora de ALIRIO VÁSQUEZ ROJAS, interpuso demanda ordinaria laboral contra el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL (Hoy COLPENSIONES), para que se reconozca pago del retroactivo pensional por las mesadas del 5 de septiembre de 1993 al 1 de febrero de 1994 que alega fue omitido por el I.S.S. (Hoy COLPENSIONES) en Resolución No. 1097 de 2009; junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación a que haya lugar; a lo que se opuso COLPENSIONES afirmando que la reclamación carecía de fundamentos fácticos y jurídicos, además de surtir efecto la prescripción.

Para resolver el presente asunto, obran al plenario las siguientes pruebas:

- Recurso de reposición y en subsidio de apelación radicado el 19 de mayo de 2019 por la apoderada del actor ante el I.S.S., para que se revoque la Resolución No. 1097 de 2009, en el sentido de adicionar el retroactivo causado del 5 de septiembre de 1993 al 1 de febrero de 1994 que no fue incluido.

- Resolución No. 1097 de 2009 expedida por el I.S.S., donde se indica que aunque previamente en Resolución No. 1252 del 18 de febrero de 2008 se negó la pensión de sobreviviente, se evidencia que previamente en Resolución No. 8720 del 5 de julio de 1988 ya fue reconocida la prestación de sobreviviente de CAROLINA ROJA DE VÁSQUEZ en favor de su hijo inválido ALIRIO VÁSQUEZ y de su cónyuge CARLOS VÁSQUEZ; que desde el 5 de septiembre de 1993 que falleció el señor CARLOS VÁSQUEZ no se cobra la misma por falta de representación legal. Que MARIA ELENA VÁSQUEZ ROJAS, hermana del beneficiario, fue designada el 30 de abril de 2004 como curadora definitiva por el Juzgado Primero de Familia de Cúcuta en proceso de interdicción y que procede continuar con el reconocimiento, ordenando el pago a favor de la curadora desde el 1 de febrero de 1994.

De lo anterior se desprende, que ALIRIO VÁSQUEZ ha sido reconocido de vieja data como beneficiario de pensión de sobreviviente como hijo incapacitado dependiente económico, lo que no es objeto de controversia; prestación que inicialmente le fue reconocida junto a su padre y representante legal, CARLOS VÁSQUEZ, pero que ante su fallecimiento en septiembre de 1993 se suspendió el pago hasta que se adelantó el trámite de interdicción, con la designación de su hermana, MARIA ELENA VÁSQUEZ ROJAS como su curadora.

A su vez, se emitió la Resolución No. 1097 de 2009 que ordenó reanudar el pago, pero el retroactivo se liquidó desde la mesada de febrero de 1994, siendo el objeto de litigio las seis mesadas no incluidas allí entre septiembre de 1993 y enero de 1994.

Como señaló el Juez *a quo*, el acto administrativo en cuestión no establece ninguna razón para haber realizado el reconocimiento con dicha omisión y en la contestación de la demanda tampoco se informa alguna justificación que permita establecer algún pago o circunstancia que releve al demandado de la obligación de realizar los pagos integrales que, en su misma actuación, acepta haber suspendido desde el 5 de septiembre de 1993; por ende, acorde a la única documental obrante al plenario, estas mesadas estaban

pendientes de pago cuando se reanudó el reconocimiento y debían ser incluidas en la citada resolución.

Ante ello, el único medio de defensa propuesto por la demandada fue la aplicación de la prescripción sobre las mesadas demandadas; por lo que conviene recordar que el fenómeno de la prescripción y su interrupción en materia laboral se encuentra regulado en los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, que disponen:

ARTICULO 488. REGLA GENERAL. *Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.*

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

En consonancia con lo anterior, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social también se ocupa de la figura de la prescripción y su interrupción en los siguientes términos:

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

Para el caso concreto, se debate específicamente sobre la aplicabilidad de la prescripción extintiva contra una persona en estado de incapacidad por discapacidad física y cognitiva, situación que si bien no está plenamente demostrada en el expediente fue aceptada por la entidad al reconocer la prestación de sobrevivencia; esta situación está reglamentada en los artículos 2541 y 2530 del Código Civil que dicen:

“ARTICULO 2541. <SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA>. *La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en el número 1o. del artículo 2530.*

<Inciso modificado por el artículo 10 de la Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> Transcurrido diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas, en el inciso precedente.”

“ARTICULO 2530. <SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION ORDINARIA>. *Texto anterior a la reforma de la Ley 791 de 2002*

1. <Ordinal modificado por el artículo 68 del Decreto 2820 de 1974, el nuevo texto es el siguiente.> Los menores, los dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria potestad, tutela o curaduría.”

Al respecto de la aplicabilidad de esta situación en la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL2456 de 2021 señala:

“(…) el termino extintivo se suspende en favor de la demandante dado su estado de salud, sin que el mismo se haya reanudado debido a que aún no ha superado la patología como se confirmó en el último dictamen.

Lo anterior según lo dispuesto en sentencias de 06 de septiembre de 1996, rad. 7565, de 11 de diciembre de 1998, rad. 11349, de 18 de

octubre de 2000, rad. 12890, de 07 de abril de 2005, rad. 24369 y de 15 de febrero de 2011, rad. 34817, en las cuales se dijo que:

*[...] como el tema de la suspensión de la prescripción que afecta derechos de menores, sordomudos, incapaces, discapacitados mentales, y en general, de personas representadas por guarda, curador o tutor, no se encuentra regulado en los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T., se debe acudir a las normas de aplicación supletoria, esto es, a los artículos 2541 y 2543 del C. C., puntualizando que aunque la ley laboral establece una prescripción que, frente a la prevista en otras legislaciones, puede considerarse de corto tiempo, ya que procura la reclamación rápida consecuente con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo, esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, **para quienes no corre el término extintivo de la prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar, y deja de operar en el momento en que su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda**, por lo que es claro que la suspensión opera sin consideración a que el sujeto cuente o no con un representante legal eficiente o ineficiente, por lo que el error en que aquél incurra no puede afectar la situación jurídica del representado”*

Siguiendo este parámetro jurisprudencial, aunque en efecto la parte demandante se vio beneficiada con la suspensión de la prescripción por su condición de incapacidad, esta protección se suscitó mientras estuvo en imposibilidad de actuar y dejó de operar desde el momento en que su representante se posesionó para el ejercicio de sus derechos de acción; por ende, erró la juez *a quo* cuando concluyó que dicha suspensión era indefinida y se abstuvo de revisar si la actuación de la curadora fue oportuna, a partir de su posesión como curadora del señor ALIRIO VÁSQUEZ.

Para este caso, se advierte, que acorde a la información contenida en la Resolución No. 1097 de 2009, la señora MARIA ELENA VÁSQUEZ ROJAS fue designada el 30 de abril de 2004 como curadora definitiva por el Juzgado Primero de Familia de Cúcuta; momento a partir del cual debía demostrar que ejerció la reclamación correspondiente sobre los derechos de su representado, pero ninguna prueba obra que permita establecer cuando interpuso la petición para el reconocimiento del retroactivo, pues solo obran los dos documentos citados y de ellos se deriva que la primera petición fue resuelta en febrero de 2008, pero no consta la fecha de radicación, siendo el recurso interpuesto el 6 de marzo de 2008.

Conforme al parámetro jurisprudencial, la curadora contaba con 3 años a partir de su posesión para reclamar oportunamente los derechos de su representado y no se evidencia que antes del 30 de abril de 2007, presentara la reclamación correspondiente, pues las reclamaciones demostradas son del 6 de marzo de 2018 y la demanda interpuesta el 10 de noviembre de 2010; por ende, pese a que operó la suspensión de la prescripción en favor de ALIRIO VÁSQUEZ, una vez se reanudó la misma por el inicio legal de su representación, no se demostró el ejercicio oportuno del derecho.

En consecuencia, se revocará íntegramente la decisión de primera instancia que accedió a las condenas solicitadas y en su lugar se declarará probada la excepción de prescripción de las mesadas adeudadas, por cuanto la curadora del demandante no demostró haber ejercido oportunamente la reclamación de las mismas, absolviendo a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Finalmente, atendiendo a la condición de sujeto de especial protección de la parte demandante, la Sala se abstendrá de condenar en costas de primera instancia.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 2 de septiembre de 2011, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta; en su lugar **DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** propuesta por **COLPENSIONES (I.S.S.)** y **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, acorde a lo expuesto anteriormente.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias, por lo expuesto en la parte motiva.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

(En permiso)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 1 de diciembre de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

RAD: 54-001-31-05-004-2014-00279-01

P.T. No. 18.428

REF: ORDINARIO

DEMANDANTE: Luz Dary Molina

DEMANDADO: Banco Popular S.A.

Como las condenas impuestas a la pasiva, no superan el equivalente a 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2022 (\$120.000.000), ni liquidando las diferencias que se generan teniendo en cuenta el salario real devengado por la actora en el cargo operativo nivel I, en el fondo de pensiones durante la vigencia comprendida entre el 2 de septiembre de 1998 y el 31 de enero de 2013, ni las diferencias de cesantías durante el período del 2 de septiembre de 1998 al 31 de enero de 2013, se niega el recurso de casación interpuesto por dicho sujeto procesal contra la sentencia notificada por estado el 25 de febrero de 2022, la que por un lapsus máquina quedó transcrita del 31 de agosto de 2020, siendo su fecha real 24 de febrero de 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

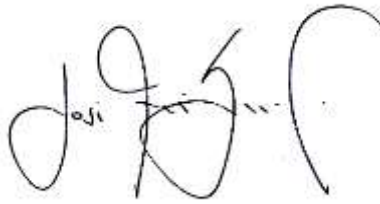
Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gelves



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de Diciembre de 2022.



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2018-00104-01
RADICADO INTERNO:	20.017
DEMANDANTE:	SILFREDO ALONSO VEGA GUERRERO
DEMANDADO:	CONFIPETROL S.A.S., INEMEC S.A.S., RELIABILITY MAINTENANCE SERVICES S.A., SERVICIOS TÉCNICOS INDUSTRIALES PETROLEROS S.A.S., SERVICIOS ASOCIADOS S.A.S., ECOPETROL S.A. y CONFIANZA S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer del Grado Jurisdiccional de Consulta en favor del demandante y del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 8 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

1. ANTECEDENTES

El señor SILFREDO ALONSO VEGA GUERRERO, interpuso demanda ordinaria laboral contra las empresas que conformaron la SOCIEDAD DE HECHO CONSORCIO CONFIPETROL: SERVICIOS ASOCIADOS S.A.S., CONFIPETROL S.A.S., INEMEC LTDA., RELIABILITY MAINTENANCE SERVICES S.A.S. y SERVICIOS TÉCNICOS INDUSTRIALES PETROLEROS S.A.S., y solidariamente como beneficiaria del servicio prestado contra ECOPETROL S.A., para que se dispusiera el reintegro a un cargo de iguales o mejores condiciones a las ejercidas al momento de la desvinculación, sin solución de continuidad y con funciones laborales compatibles con sus condiciones de salud, por haber desconocido su estabilidad laboral reforzada ante su desvinculación mientras estaba en tratamiento médico, con calificación de pérdida de capacidad laboral del 28.69%, por lo que solicita declarar la ineficacia del despido conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y que se condene al pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el 22 de abril de 2017, la sanción de 180 días de salario de la Ley 361 y las demás acreencias que se demuestren.

Como fundamento fáctico indicó lo siguiente:

• Que el señor VEGA GUERRERO era trabajador de la empresa consorcio CONFIPETROL, conformada por las demandadas principales y quienes suscribieron con ECOPETROL S.A., el contrato MA-0026315 de “SERVICIO DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO INTEGRAL PARA LOS SISTEMAS

MECANICOS Y DE INSTRUMENTACION PARA ATENDER EL AREA DE INFLUENCIA DE LA ZONA NORTE (SCO) PERTENECIENTES A LA VICEPRESIDENCIA DE PRODUCCIONES DURANTE LA VIGENCIA 2013 HASTA EL 2016, CON DOS USOS DE OPCION DE PRORROGAS ANUALES”, suscrito el 1 de julio de 2013.

- Que el demandante ejercía labores como INSPECTOR MECÁNICO VIII, de las cuáles era beneficiario ECOPETROL DISTRITO ORIENTE en el CAMPO RIO ZULIA de la Ciudad de Cúcuta, con un salario básico de \$3.900.000.

- Que desde el 20 de noviembre de 2015 comenzó a presentar problemas de salud, acorde certificación firmada por el director de la Unidad Hematológica Especializada y fue valorado por COLPENSIONES el 6 de febrero de 2017 para calificación de pérdida de capacidad laboral; advirtiéndole, que el empleador tiene conocimiento del tratamiento médico adelantado por la EPS al actor, conforme comunicación del 7 de febrero de 2017 enviada por COLPENSIONES y a oficio enviado por el trabajador el 8 de febrero de 2017, por lo que fue reubicado laboralmente.

- Que el 9 de marzo de 2017, COLPENSIONES expidió el dictamen No. 2017206885MM de primera oportunidad asignándole una PCL de 28.69% y pese a ello, fue desvinculado el 21 de abril de 2017, sin haberse solicitado permiso del Ministerio de Trabajo.

- Que se le pagó a la finalización del contrato, pero desconoce cómo fueron liquidadas las prestaciones, y debido al despido, no pudo continuar su tratamiento médico, afectando el sostenimiento de su núcleo familiar y el atraso con sus obligaciones financieras.

Las demandadas SERVICIOS ASOCIADOS S.A.S., CONFIPEROL S.A.S., INEMEC LTDA., RELIABILITY MAINTENANCE SERVICES S.A.S. y SERVICIOS TÉCNICOS INDUSTRIALES PETROLEROS S.A.S., concedieron poder a un mismo apoderado y contestaron la demanda así:

- Que las pretensiones son improcedentes al no suscitarse los presupuestos fácticos o jurídicos para declarar la estabilidad laboral reforzada y exigir el permiso ante el Ministerio del Trabajo para la desvinculación del trabajador.

- Acepta los hechos del primero al noveno, referentes a la existencia del Consorcio, su objeto, el contrato con Ecopetrol y la relación laboral del demandante; advierte, que desconoce la historia clínica del actor y el tratamiento que alega mantenía, ni recibió órdenes de reubicación o informe de la pérdida de capacidad laboral y por lo tanto no tenía conocimiento al momento de terminar la relación del amparo constitucional reclamado.

- Señala, que la relación laboral finalizó el 21 de abril de 2017 y el examen de egreso practicado 4 días después, no evidencia patologías relacionadas con su labor y no emitió recomendaciones; indicando que a esa fecha no tenía incapacidades o recomendaciones, ni se le notificó dictamen alguno. Se le cancelaron las prestaciones en su liquidación final y no le constan las circunstancias familiares enunciadas.

- Que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 1 de julio de 2013, cuyo plazo de vencimiento era el 10 de febrero de 2017, pero por una contingencia médica para esa fecha se decidió darle un amparo constitucional y se prorrogó su terminación al 21 de abril de 2017; explicando que se solicitó al demandante el 16 de abril, documentación para establecer si continuaba el amparo, pero al no aportar ningún documento y por ello al

verificar el departamento de medicina laboral que el 21 de abril de 2017 no presentaba ninguna situación, se comunicó la terminación por vencimiento del plazo.

• Propone como excepciones de fondo INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN y BUENA FE.

ECOPETROL S.A. contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones por estimar que no ha vulnerado derechos al demandante, quien pretende exigir una errónea interpretación de las normas vigentes y señala que no hay lugar a la solidaridad reclamada, pues la misma no se predica para reintegros conforme el artículo 34 del C.S.T., indicando que en todo caso estos deben ser sufragadas por las compañías aseguradoras garantes de las obligaciones. Que el consorcio fue un verdadero contratista independiente, sin que ECOPETROL S.A. tenga como propósito u objeto la operación de servicios mecánicos, eléctricos y de instrumentación, que fue la labor contratada, fue el único beneficiario de la prestación de servicios del trabajador y es el único responsable de los salarios de su trabajador. Propone como excepciones FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES, PRESCRIPCIÓN, CARENCIA DE DERECHO RECLAMADO, COBRO DE LO NO DEBIDO y BUENA FE.

La demandada en solidaridad, ECOPETROL S.A., realizó llamamiento en garantía contra COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA, para que en caso de condena por responsabilidad solidaria por las obligaciones salariales y prestacionales derivadas del Contrato MA-0026315 con el CONSORCIO CONFIANZA, proceda a hacer efectiva las pólizas EC001792 Certificado EC005286 desde el 03 de diciembre de 2014 hasta 30 de octubre de 2019, Certificado EC005550 desde el 08 de abril de 2015 hasta el 30 de octubre de 2019, Certificado EC005711 desde el 07 de julio de 2015 hasta el 30 de octubre de 2019 y Certificado EC005763 desde el 12 de agosto de 2015 hasta el 30 de octubre de 2019.

El apoderado de la parte actora presenta reforma a la demanda, adicionando como hechos que el actor estuvo con incapacidad médica del 29 de octubre de 2015 al 27 de septiembre de 2016 mediante 11 órdenes de 30 días cada una, las cuáles fueron entregadas al Consorcio para su efectividad y pagadas por talento humano; el 13 de septiembre de 2016 informó la EPS COOMEVA las especificaciones de recomendación ocupacional y el 26 de septiembre, el ingeniero SANTIAGO ALEXANDER NAVARRO suscribió acta de reubicación laboral, asignándole a la encargada de salud ocupacional (KATERINE REYES) las visitas periódicas. Que el 8 de febrero de 2017, tras el requerimiento, comunicó al trabajador de la continuidad de tratamiento. Igualmente adicionó como pruebas las incapacidades, documentos descritos y la calificación expedida por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER por 30.50% de PCL estructurada el 20 de enero de 2017.

CONFIANZA S.A., contestó al llamamiento en garantía señalando que no le consta los hechos de la demanda; acepta los hechos del llamamiento por existir la póliza de seguro a favor de ECOPETROL y no se opone a las pretensiones en caso de que se demuestre que afecte la garantía concedida en la póliza.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia de la apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia del 8 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“Primero: *Negar las pretensiones del actor frente a las demandadas y solidariamente vinculada ECOPETROL S.A., conforme a lo considerado.*

Segundo: *Declarar sobre excepciones de mérito hay decisión ínsita en las consideraciones de la sentencia.*

Tercero: *Absolver a la llamada en garantía por ECOPETROL S.A., SEGUROS CONFIANZA S.A.*

Cuarto: *Condenar en costas a cargo del actor y a favor de las pasivas que conforman el consorcio CONFIPETROL S.A.S., UN (1) S.M.L.M.V., y respecto a ECOPETROL S.A, UN (1) S.M.L.M.V., y a favor SEGUROS CONFIANZA S.A.”*

2.2 Fundamento de la decisión

El juez *a quo*, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- Que el litigio se circunscribe en determinar si hay lugar al reintegro por terminación del contrato en estado de protección laboral reforzada por salud artículo 26 Ley 361 de 1997, a funciones iguales o de mayor jerarquía para su estado, condenas por salarios y prestaciones sociales, contra las demandadas y en solidaridad contra ECOPETROL S.A., alegando el demandante que estaba en tratamiento médico y a la espera de calificación de pérdida de la capacidad laboral que efectuó Colpensiones en fecha 15 de marzo de 2017 materializada el 15 mayo de 2017 con PCL 28,69%.

- Señala, de manera preliminar que para la viabilidad de la ineficacia de despido se requiere demostrar la condición de discapacidad, concepto diferente a la mera incapacidad y el conocimiento previo del empleador; advirtiendo que no se discutieron los hechos referentes a la relación laboral sino a la existencia de la protección por discapacidad y de las pruebas obrantes al plenario destaca las tutelas declaradas improcedentes, los documentos médicos sobre plan de tratamiento por LINFOMA DE HOHDKIN, obligaciones crediticias, reclamación a la empresa, peticiones entre las partes, incapacidades que fueron entregadas al consorcio y pagadas por talento humano, que se suscribió acta de reubicación y hay constancias del actor informando sobre controles médicos, calificación de la Junta Regional notificada en marzo de 2018.

- Que, si bien los hechos de la reforma al no haber sido contestada correctamente se tienen como probados, de ellos no emerge que el actor haya puesto en conocimiento la situación de salud que se prueba con la historia clínica, era lo que quería saber LA EMPRESA, para valorar su situación de salud, para la terminación del contrato de trabajo a término fijo; indicando que conforme a la prueba a folio 68, ante la contingencia de salud del actor se le concedió un amparo (no prórroga) para darle un término posterior a la terminación formal en aras de que informe sobre la misma y que en caso de no recibir nada, se entenderá que la situación fue superada. Advirtiendo que el documento anexo sobre informe del tratamiento no tiene fecha de recibido.

- Que el actor es falaz en los hechos de la demanda al alegar que tuvo conocimiento de la calificación antes de la terminación, pues le fue notificada en mayo de 2017 y no se prueba el conocimiento de la empresa; no demostrando en todo caso una afectación sustancial en la ejecución de su trabajo con ocasión a su patología en salud para el 10 de febrero de 2017 y

aunque la empresa le concedió el amparo unilateral hasta el 1 de abril del mismo año, la empresa infiere de los documentos anexos que estaba 100% libre de su enfermedad y no tiene restricciones para laborar que ameriten protección especial.

- Advierte, que si bien el dictamen del 9 de marzo de 2017, tiene en cuenta la historia clínica y refiere exámenes de hematología del 10 de enero de 2017 por LINFOMA DE HODGKIN CLASICO TIPO ESCLEROSIS NODULAR E-III Bx, se indica que está en remisión parcial a la evaluación intermedia y remisión completa a la evaluación final; aunque la pérdida de capacidad laboral asciende a 28.69%, no hay prueba de que fuera comunicada al empleador y pese a ello, resalta que el concepto médico determina la remisión completa que significa la desaparición de los signos de cáncer en el cuerpo.

- Expone que acorde a las recomendaciones, la patología del actor no tuvo incidencia en la ejecución de su trabajo, concediendo garantías cuando creyó que el actor ameritaba una estabilidad laboral y se evidencia que la terminación derivó de la expiración del plazo fijo, no por la discapacidad; explicando que acorde a la normativa aplicable y la jurisprudencia sobre la misma, la protección no se da por el hecho de la enfermedad sino por su incidencia en la ejecución de funciones, que la discapacidad sea incompatible e insuperable con el cargo ejercido y que la terminación sea producto de la discapacidad, dado el conocimiento demostrado del empleador sobre su condición.

- Concluye, que las pretensiones serán negadas, por cuanto para la fecha de la terminación del plazo fijo pactado y el amparo de dos meses concedido, el actor ya llevaba varios meses sin incapacidades y fue reubicado pero no se deriva de las pruebas que el actor siguiera en tratamiento de su contingencia de salud, fue requerido para informar sobre la misma y de los documentos aportados se deriva que estaba en remisión, sin restricción para el cargo y por ende es válida la decisión de aplicar la terminación por vencimiento del término.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la demandada ECOPETROL interpuso recurso de apelación contra la providencia en cuanto a las costas señaladas en su contra a favor del llamado en garantía, argumentando que no hay lugar a esta condena por cuanto la sentencia fue favorable en todos los sentidos sobre las pretensiones invocadas, de manera que no procederían costas a su cargo y su actuación procesal al iniciar el llamamiento fue acorde a sus obligaciones legales, como entidad estatal, para hacer efectivas las pólizas suscritas de la manera que representa la economía procesal en el mismo proceso principal.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

5. ALEGATOS

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

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

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

Determinar ¿Si el demandante SILFREDO ALONSO VEGA GUERRERO tiene derecho a ser reintegrado de manera definitiva a su trabajo por las empresas demandadas que conformaron la SOCIEDAD DE HECHO CONSORCIO CONFIPETROL, y en consecuencia a la indemnización de 180 días de salario de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, salarios y prestaciones dejados de percibir? En caso positivo, se establecerá si ECOPETROL es responsable en solidaridad de las eventuales condenas y por las mismas debe responder el llamado en garantía CONFIANZA S.A.

De otra parte, se determinará si era viable condenar a ECOPETROL S.A. en costas a favor de la llamada en garantía.

8. CONSIDERACIONES

En este caso, el problema jurídico se enfoca en determinar si el demandante SILFREDO ALONSO VEGA GUERRERO, tiene derecho a las empresas demandadas que conformaron la SOCIEDAD DE HECHO CONSORCIO CONFIPETROL, le reintegre de manera definitiva, por haber sido despedido sin autorización del Ministerio del Trabajo pese a su condición de discapacidad; pretensiones que fueron negadas en primera instancia por el juez *a quo*, al evidenciar inicialmente, que el vínculo del actor finalizó por expiración del plazo fijo pactado y que en todo caso está evidenciado que el conocimiento del empleador sobre la condición calificada no es clara, pues el actor aportó documentos que permitían inferir la superación de su patología y al ser posteriores las calificaciones de pérdida de capacidad laboral, conclusiones que serán objeto del presente grado jurisdiccional de consulta.

Sobre lo expuesto en el plenario, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

- Que las empresas SERVICIOS ASOCIADOS S.A.S., CONFIPEROL S.A.S., INEMEC LTDA., RELIABILITY MAINTENANCE SERVICES S.A.S. y SERVICIOS TÉCNICOS INDUSTRIALES PETROLEROS S.A.S., conformaron la sociedad de hecho CONSORCIO CONFIPETROL desde el 1 de junio de 2013.
- Que el CONSORCIO CONFIPETROL, suscribió el 30 de mayo de 2013 el CONTRATO N. MA-0026315 con ECOPETROL, para el “SERVICIO DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO INTEGRAL PARA LOS SISTEMAS MECANICOS Y DE INSTRUMENTACION PARA ATENDER EL AREA DE INFLUENCIA DE LA ZONA NORTE (SCO) PERTENECIENTES A LA VICEPRESIDENCIA DE PRODUCCIONES DURANTE LA VIGENCIA 2013 HASTA EL 2016 CON DOS USOS DE OPCIÓN DE PRORROGAS ANUALES”; del cual se evidencia se suscribió acta de finalización el 15 de junio de 2017 para terminación de labores el 23 de junio de 2017.
- Que el CONSORCIO CONFIPETROL adquirió mediante la aseguradora CONFIANZA, PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS EN FAVOR DE ECOPETROL S.A. No. EC001792 expedida el 4 de diciembre de 2014 con cubrimiento hasta el 30 de octubre de 2019, para amparar el pago de los perjuicios derivados del

incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato No. MA-0026315, incluyendo cubrimiento de aseguramiento por \$1.999.431.866,85 por pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

- Que el demandante SILFREDO ALONSO VEGA GUERRERO suscribió contrato de trabajo a término fijo con el CONSORCIO CONFIPETROL S.A., desde el 1 de julio de 2013 para ejercer como INSPECTOR MECÁNICO VIII, que mediante diferentes otrosís, fue modificado, siendo los últimos suscritos el 23 de diciembre de 2015 para establecer como plazo de vencimiento el 10 de febrero de 2016 y el 1 de febrero de 2016, fijando como vencimiento el 10 de febrero de 2017.
- Que el actor fue diagnosticado con LINFOMA DE HODGKIN, por el cual estuvo en tratamiento entre 2015 y 2016, derivándose diferentes incapacidades estando probado al proceso como consecutivas del 29 de octubre de 2015 al 29 de septiembre de 2016; enfermedad por la que fue calificado a través de COLPENSIONES, que emitió dictamen No. 2017206885MM del 9 de marzo de 2017, asignando una pérdida de capacidad laboral del 28.69% estructurada el 20 de enero de 2017, por enfermedad común y que fue modificado en Dictamen No. 295 del 28 de marzo de 2018 expedido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER, determinando PCL del 30,5% estructurada el 20 de enero de 2017.
- Que el consorcio empleador comunicó carta de preaviso del 8 de enero de 2017, suscrita por el demandante, donde le informan la decisión de no renovar el contrato a término fijo que expira el 10 de febrero de 2017; no obstante, comunicó 3 oficios el 7 de febrero, 7 de marzo y 4 de abril de 2017, para que en razón de la presunta contingencia médica y atendiendo a que el contrato de trabajo estaba próximo a finalizar, conforme se preavisó, de buena fe se extiende la vigencia sin que ello implicara prórroga, para que aportara documentación sobre su estado de salud en aras de establecer alguna garantía vigente.
- Que el actor entregó misiva el 8 de febrero de 2017, informando sobre la continuidad de su tratamiento médico conforme dos conceptos médicos de enero de 2017 expedidos por especialista en urología y en hematología así: el Dr. CARLOS VARON, especialista en MEDICINA INTERNA y HEMATOLOGÍA, informa que el actor fue diagnosticado con LINFOMA DE HODGKIN, en remisión completa y sufre fatiga como secuela más importante y Certificado médico de evaluación de salud ocupacional suscrito por ALBA ALARCON, indicando que el actor no tiene restricciones para el cargo y emite recomendaciones de fuerza y exposición.
- Que mediante oficio del 21 de abril de 2017 suscrito por el Gerente de Talento Humano de CONSORCIO CONFIPETROL, dirigido al actor se le notificó que la relación laboral finalizó el 16 de abril de 2017, sin que la documentación aportada indicara algo diferente a que estaba 100% libre de la enfermedad que le aquejaba y sin restricciones para laborar.

Ahora bien, la parte demandante pretende principalmente el reintegro por haber sido despedido por presentar una discapacidad producto de una enfermedad laboral y no haberse solicitado por parte de la empleadora, el permiso para realizar dicho despido a la autoridad correspondiente, con fundamento en el art. 26 de la Ley 361 de 1997; razón por la cual nos remitimos a ésta norma, la cual dispone “ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”, y en el inciso segundo señala que si se

despide a una persona sin el cumplimiento de este requisito, se debe reconocer *“una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar (...)”*.

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

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

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

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

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

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

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

Como se expuso previamente y acorde a las pruebas recepcionadas, el señor VEGA GUERRERO fue diagnosticado a finales de 2015 con LINFOMA DE HODGKIN CLASICO TIPO ESCLEROSIS NODULAR, por el cual recibió tratamiento del 29 de octubre de 2015 al 29 de septiembre de 2016 (tiempo en que se le expidieron incapacidades temporales) y acorde a atención médica de enero de 2017, este se encontraba en remisión parcial para la reevaluación intermedia y remisión completa para la reevaluación final, quedando bajo el sistema de observación cada 4 meses, con reevaluación anual.

Igualmente, al tratarse de enfermedad común que superó los 180 días de incapacidad consecutivas, la AFP COLPENSIONES procedió a realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral que acorde a Dictamen No. 2017206885MM del 9 de marzo de 2017 ascendía a 28.69% estructurada el 20 de enero de 2017 y conforme al Dictamen No. 295 del 28 de marzo de 2018 expedido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER, se modificó la PCL al 30,5%; dictámenes que fueron expedidos y notificados a las partes luego de la terminación de la relación laboral.

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

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

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

Sin embargo, más recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1083 del 5 de marzo de 2019 (Rad. 68.944 y M.P. SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO) establece, dentro de un caso donde la ex trabajadora no se encontraba calificada acerca de su pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración de la misma, que *“de manera pacífica se tiene adoctrinado por la Sala, que para que se active la*

*estabilidad laboral reforzada es necesario que se cumplan tres presupuestos a saber: i) una pérdida de capacidad laboral superior al 15 %; ii) que el empleador conozca de la discapacidad y iii) que la relación laboral termine con ocasión de esta”; sin embargo, agrega que “se ha precisado por la Sala que para que opere la garantía de estabilidad laboral reforzada, no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5° de la Ley 361 de 1997, pues **lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador**, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad”.*

Concluyendo sobre este último punto la Sala de Casación Laboral que “*para ser sujeto de especial protección no es necesario que exista una calificación de la junta de invalidez, dado que existe libertad probatoria pues, de acuerdo con lo adocinado 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 de la parte actora, mientras el juzgador encuentre que existe suficiente sustento para concluir que al momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo existía una condición de discapacidad o pérdida de capacidad en un grado equivalente al exigido por la norma y el referente jurisprudencial, debidamente conocida por el empleador de manera tal que le sea imputable objetivamente la necesidad de contar con permiso del Ministerio del Trabajo previo a la terminación unilateral 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.

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

Pues bien, aplicando este precepto al caso concreto se tiene como demostrado que el actor cumple con la primera regla jurisprudencial evaluada, en la medida que acreditó padecer de una pérdida de capacidad laboral superior al 15% al momento de la terminación del vínculo; pues, aunque calificada posteriormente, los únicos dictámenes obrantes al plenario determinan que el actor padecía de una pérdida de capacidad laboral entre el 28 y el 30 por ciento para el 20 de enero de 2017, esto es, casi tres meses antes de la terminación efectiva del vínculo laboral del 16 de abril de 2017.

En lo concerniente al conocimiento del empleador sobre la patología del trabajador, sobre este asunto se dirigió la absolución por parte del Juez *a quo*, quien estimó que la naturaleza de la ineficacia del despido deriva de la

discriminación sobre los trabajadores en condición de discapacidad y que para este caso, mal podría achacarse una actuación indebida a los demandados que requirieron al trabajador informes sobre su condición médica y este aportó un certificado donde informaba la remisión de su patología al 100%.

Al respecto, se advierte que este requisito no se refiere a que el empleador estuviera al tanto o no de la existencia de cualquier patología que afecte la salud e integridad del trabajador, sino de que estuviera afectado por una condición de salud que incidiera en el ejercicio de sus funciones laborales y que equivaliera a una pérdida de capacidad laboral superior al 15%; así se deriva de lo expuesto en providencia SL1327 de 2022, que indica: *“La situación de discapacidad del trabajador puede acreditarse a partir de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, **que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud presentes al momento del fenecimiento contractual**, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15% en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización”*.

Lo anterior ha sido complementado en otras decisiones, como SL1239 de 2022, donde se indica que para valorar este requisito se requiere pleno convencimiento acerca del *“conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización”* y *“que tal afectación debe ser relevante, esto es, que «en realidad dificulte la prestación del servicio» o «impida el desempeño normal de las actividades que venía ejerciendo el trabajador, y de esa manera ser objeto de protección en el empleo» (ibídem).*

Agregado a ello, estima la Sala conveniente analizar esta segunda regla con la tercera referente a la existencia de una justa causa, por cuanto en providencias como SL1491 de 2022 se ha indicado que *“si el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas”* y en SL2302 de 2022 se explicó que *“que esta protección legal no pretende conceder a los trabajadores con discapacidad un derecho a permanecer en el empleo a perpetuidad, sino disuadir despidos o terminaciones de las relaciones de trabajo con fundamento en razones discriminatorias. De modo que, si la decisión de terminar el vínculo laboral deviene en un motivo distinto al estado fisiológico o psíquico del trabajador, como lo sería una justa causa, tal protección no opera (...) la prohibición prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se encamina a censurar únicamente los despidos motivados en razones discriminatorias, de modo que si el vínculo laboral se extingue por una causa objetiva como lo es la existencia de una justa causa, la protección en referencia no es procedente”*.

Acorde a estos lineamientos, sobre el conocimiento del empleador del estado de salud del trabajador al momento de decidir la no prórroga del contrato de trabajo a término fijo y su motivación, se destacan las siguientes pruebas:

- Carta de preaviso del 8 de enero de 2017, recibida por el demandante, donde le informan la decisión de no renovar el contrato a término fijo que expira el 10 de febrero de 2017.
- Oficio del 7 de febrero de 2017 suscrito por el Gerente de Talento Humano de CONSORCIO CONFIPETROL, dirigido al actor para que en razón de la presunta contingencia médica y atendiendo a que el contrato de trabajo está próximo a finalizar, conforme se preavisó, se

le informa que se extenderán sus efectos al 1 de marzo de buena fe, sin que implique prórroga alguna, para que aporte documentación sobre su estado de salud.

- Carta del 8 de febrero de 2017, dirigida por el actor a la demandada, sin recibido alguno, informando sobre la continuidad de su tratamiento médico conforme dos conceptos médicos de enero de 2017 expedidos por especialista en urología y en hematología así: CARLOS VARON, especialista en MEDICINA INTERNA y HEMATOLOGÍA, informando lo siguiente:

Me permito certificar que el paciente **SILFREDO ALONSO VEGA GUERRERO** identificado con C.C. 72.041.470, de 52 años de edad, quien cursa con un diagnóstico de **LINFOMA DE HODGKIN CLASICO TIPO ESCLEROSIS NODULAR CD30 + FASCINA + PAX5 + TENUE, CD15 + CD 20 + CD3- E III BX** (ESPLENOMEGALIA, CONGLOMERADO GANGLIONAR INTERAORTICA Y PARAORTICAS 22X18MM, CADENA ILIACAS BILATERAL Y EN PREDOMINIO DERECHO 116 X 66 X MM, EL CUAL COMPRIME Y DESPLAZA HACIA LA IZQUIERDA LA VEJIGA) IPI 2 BAJO RIESGO FECHA DX 20/11/2015p, actualmente se encuentra en seguimiento y control de sus patología en la **UNIDAD HEMATOLOGICA ESPECIALIZADA IPS SAS.**

El paciente se encuentra en remisión completa, 100% libre de enfermedad en el 1er y 2do año de observación, de los 5 a 10 años que debe estar en observación, como secuela importante paciente presenta fatiga.

Se expide a los 20 días del mes de enero de 2017 en la ciudad de San José de Cúcuta.

CARLOS ROBERTO VARON JAIMES
DIRECTOR MEDICO
Unidad Hematológica Especializada

- Documentos médicos sobre tratamiento del actor que incluyen: Autorizaciones de COOMEVA E.P.S. para consulta con medicina especializada en urología y hematología de enero de 2017, para electrocardiograma, con su respectiva orden médica y la historia clínica de la atención del 10 de enero de 2017 que las prescribe, donde se ordena el control cada 4 meses para revisar la remisión del linfoma.
- Oficio del 7 de marzo de 2017 suscrito por el Gerente de Talento Humano de CONSORCIO CONFIPETROL, dirigido al actor indicándole que para verificar su situación de salud antes de la terminación suscitada desde el 10 de febrero de 2017, se haría efectivo hasta el 1 de abril y que debía acercarse a aportar incapacidad o documentaciones que certifiquen la continuidad de la contingencia.
- Oficio del 4 de abril de 2017 suscrito por el Gerente de Talento Humano de CONSORCIO CONFIPETROL, dirigido al actor indicándole sobre la verificación de su situación de salud antes de la terminación suscitada desde el 10 de febrero de 2017, indicando que la documentación aportada indica estar 100% libre de su enfermedad y sin restricciones para trabajar, por lo que se haría efectiva la terminación desde el 16 de abril y que en caso contrario, debía acercarse a aportar incapacidad o documentaciones que certifiquen la continuidad de la contingencia.
- Oficio del 21 de abril de 2017 suscrito por el Gerente de Talento Humano de CONSORCIO CONFIPETROL, dirigido al actor indicándole que la relación laboral finalizó el 16 de abril de 2017, sin que la

documentación aportada indicara algo diferente a que estaba 100% libre de la enfermedad que le aquejaba y sin restricciones para laborar.

- Autorización para la práctica y resultados de los exámenes de egreso realizados a través de I.P.S. PREVENIR, cuya conclusión es que no tiene patologías relacionadas con la labor y deja constancia de diagnósticos de PRESBICIA, SOBREPESO y LINFOMA DE HODGKIN EN REMISIÓN, no deja anotación de recomendaciones laborales y las pruebas de audiometría, espirometría, coordinación motriz, túnel carpiano y columna es normal.
- Documentos médicos sobre tratamiento del actor que incluyen: Autorizaciones de COOMEVA E.P.S. para consulta con especialista en cardiología de octubre de 2017, especialista en hematología de junio de 2017, atención en IPS UNIDAD HEMATOLÓGICA de diciembre de 2017, reiterando remisión y observación cada 6 meses, resultados de ecocardiograma realizado en febrero de 2018 con respuesta normal.
- Documento del 13 de septiembre de 2016 suscrito por MEDICO LABORAL de COOMEVA E.P.S., informando al Departamento de Recursos Humanos de CONFIPETROL, sobre las restricciones de cargas, químicos y posturas del demandante.
- ECOPETROL S.A. y el CONSORCIO CONFIPETROL, suscribieron en junio 23 de 2017 el acta de finalización del contrato MA-0026315, cuya fecha de cierre del objeto contratado fue el 15 de junio de 2017 tras 1446 días, indicando que hubo 4 actas de ampliación previas: 31 de diciembre de 2016, 30 de abril de 2017 y 15 de junio de 2017, con su respectivo reajuste de tarifa adicional; verificándose en acta de cierre del balance mutuo, que las labores contratadas finalizaron el 15 de junio de 2017.

Al respecto de la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación n.º 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, se refiere las facultades del juez recordando que:

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

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, la Sala coincide con lo concluido en primera instancia, en cuanto se deriva de los documentos enunciados que la actuación del empleador no solo estuvo ausente de trato discriminatorio hacia el trabajador por su discapacidad, por el contrario fue garantista respecto de su condición física y las decisiones estuvieron precedidas de requerimientos para ser adoptadas conclusiones lógicamente inferibles de los documentos presentados por el mismo demandante.

Nótese, que el empleador una vez preavisó al trabajador de la decisión de no prorrogar su contrato más allá del 10 de febrero de 2017, conociendo de su

estado de salud y pese a no recibir incapacidades posteriores a septiembre de 2016, le requirió para que aportara documentos que permitieran conocer su estado actual y por su demora unilateralmente extendió la vigencia de la relación mientras recibía los mismos, sin que fuera objeto de discusión en la demanda por parte del interesado, la validez de dicha decisión y los efectos de la misma sobre la identidad del contrato celebrado entre las partes.

Es así como, en ausencia de un dictamen de pérdida de capacidad debidamente notificado, el empleador tomó la decisión de no prorrogar el contrato por evidenciar del certificado del especialista en hematología que el cáncer del trabajador estaba en remisión total, 100% libre de la enfermedad tras el 1er y 2do año de observación, anotando que la única secuela derivada era la fatiga. Por lo cual, no resulta posible considerar esta actuación como discriminatoria por parte del empleador, quien, pese a tener un modo de terminación legal al cual acudir que lo exoneraba de solicitar el permiso del Ministerio del Trabajo, optó por verificar previamente con el trabajador su estado y de esas mismas pruebas no era posible concluir, que la pérdida de capacidad laboral fuera superior al 15%.

Lo anterior, corroborado por las conclusiones del examen de egreso y de los controles médicos con especialistas aportados por el actor, que derivaron en resultados normales que nada permitían suponer una pérdida de capacidad laboral equivalente a la finalmente calificada.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala ha indicado en decisiones previas que cuando se esgrime la terminación del plazo fijo pactado como modo legal para no solicitar el permiso del Ministerio de Trabajo, debe verificarse en todo caso que se evidenciara realmente que la finalización de la relación de trabajo se dio en virtud de que las actividades que eran ejercidas por el actor, desaparecieron; esto, conforme expuso la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2586 de 2020, al indicar: *“en los casos de las personas con discapacidad es necesario que la facultad del empleador para terminar los contratos a término fijo tenga una dosis mínima de racionalidad o de objetividad, precedida de motivos creíbles y objetivos, que descarten sesgos discriminatorios. De modo que, si se alega que la decisión está libre de estos prejuicios, necesariamente es el empleador quien tiene el deber de demostrar que ello es así, aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión. Y tal prueba no es otra que aquella que acredite que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador, desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato”*.

Conforme este precepto, cuando se alega la terminación por expiración del plazo fijo pactado debe verificarse que este modo legal no sea utilizado para disfrazar un acto discriminatorio y por ello, debe acreditarse que realmente terminara la necesidad de la contratación del trabajador discapacitado; lo que para este caso puede comprobarse, en la medida que según los documentos del acta de liquidación y cierre de actividades del contrato suscrito entre CONFIPETROL y ECOPETROL por el cual se vinculó al actor, durante 2017 se finalizó el objeto pactado y las prórrogas que se extendieron hasta junio de 2017 fueron para ajustar la finalización. Por ende, la terminación del contrato del actor obedeció a esos actos de cierre del contrato por el cual, inclusive, se conformó el consorcio que era su empleador.

Fluye de lo expuesto, que pese a la acreditación de un grado de discapacidad severa por parte del trabajador, no se evidencia el cumplimiento de los demás requisitos jurisprudenciales para la viabilidad de las pretensiones, pues el conocimiento del empleador al momento de la terminación sobre la condición de salud del trabajador no permitía inferir su grado de discapacidad y en todo caso, la decisión obedeció a un modo legal objetivo.

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

Finalmente, no se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante por surtir el grado jurisdiccional de consulta.

Respecto de la apelación de ECOPETROL S.A., destinada a que se revoquen las costas que le fueron impuestas a favor de CONFIANZA por no prosperar el llamamiento en garantía; se advierte que el numeral primero del artículo 365 del C.G.P., señala que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe”*.

Sobre el llamado en garantía, el artículo 66 del C.G.P. indica que *“En la sentencia se resolverá, **cuando fuere pertinente**, sobre la relación sustancial aducida y acerca de las indemnizaciones o restituciones a cargo del llamado en garantía”*; para este caso, como no se accedió a la pretensión principal del actor, no hubo necesidad de entrar a estudiar la declaratoria accesoria de responsabilidad solidaria contra ECOPETROL y por tanto, tampoco el llamamiento en garantía.

De esta manera, no es dable considerar a ECOPETROL como vencido en el proceso respecto de su petición de llamar en garantía a la aseguradora, por lo que habrá de revocarse parcialmente el numeral cuarto de la providencia de primera instancia que le impuso costas a favor de CONFIANZA, por no ser procedentes.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral cuarto de la sentencia del 18 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en cuanto a la condena en costas fijada a cargo de ECOPETROL y en su lugar, absolverla por este concepto acorde a las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la providencia en cuanto al Grado Jurisdiccional de Consulta surtido a favor del demandante, por lo explicado anteriormente.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, al surtir el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

(En permiso)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 1 de diciembre de 2022



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2018-00437-01

Partida Tribunal: 19.545

Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandantes: Luis Alfonso Ortega Carrillo y otros.

Demandada (o): Coal North Energy SAS, CI MINAS AURORA S.A.S.

Tema: Culpa Patronal

Asunto: Consulta

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

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 04 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-005-31-05-004-2018-00437-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 19.545 promovido por el señor LUIS ALFONSO ORTEGA CARRILLO en representación de sus hijos menores, la señora MAYRALIN AGUDELO MENDOZA (cónyuge) y MARISOL ORTEGA AGUDELO (hija mayor de edad) contra las sociedades COAL NORTH ENERGY S.A.S. y C.I. MINA LA AURORA S.A.S.

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

I. ANTECEDENTES

El señor LUIS ALFONSO ORTEGA CARRILLO en representación de sus hijos menores, la señora MAYRALIN AGUDELO MENDOZA (cónyuge) y MARISOL ORTEGA AGUDELO (hija mayor de edad) por medio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral (8 de octubre de 2018-fl.79), en contra de la contra las sociedades COAL NORTH ENERGY S.A.S. y C.I. MINA LA AURORA S.A.S., pretendiendo que se declaren que las demandadas son responsables por las enfermedades laborales y las graves lesiones sufridas por el señor LUIS ALFONSO ORTEGA CARRILLO en la modalidad de culpa patronal prevista en el art. 216 del CST y la solidaridad establecida en el art. 34 ibidem y el art. 5º del Decreto 1335 de 1987 como consecuencia del accidente de trabajo ocurrido el 12 de septiembre de 2012 y las enfermedades profesionales del 30 de abril y 09 de diciembre de 2016; al pago de los perjuicios morales, daño a la vida en relación, intereses

moratorios, indexación, uso de las facultades extra y ultra petita y las costas procesales.

II. HECHOS

Alega la parte activa que, el señor Luis Alfonso Ortega Carrillo presta los servicios para la sociedad COAL NORTH ENERGY mina Aurora 1 en el área del contrato de concesión Minera Título No. LJ5-08011 a órdenes de la sociedad Minas la Aurora S.A.S. desde el año 2009, realizando la labor de carretero picador con una remuneración mensual de \$1.200.000, que sufrió accidente de trabajo el 12 de septiembre de 2012 ocasionándole múltiples traumatismos que en la actualidad no tienen incapacitado reduciéndolo al uso permanente de muletas, con graves dificultades de locomoción, fuera del mercado laboral, causando a su esposa e hijos, angustia y dolor, padecimientos físicos, psicológicos, morales y emocionales que lo han llevado a disminuir su integración social y familiar, son dificultades en la relación conyugal. Que la JNCI el día 29 de octubre de 2015 mediante dictamen No.88027254-836 lo calificó con PCL: 41.57%. Que el 12 de abril de 2016 solicitó a la sociedad COAL NORTH ENERGY el resarcimiento integral previsto en el art. 216 del CST.

Después de varios estudios médicos, el representante legal de la sociedad demandada, reubicó al señor Ortega Carrillo a partir del 17 de abril de 2017, dentro de la mina AURORA 1, transgrediendo lo recomendado por el médico laboral, pues fue puesto a realizar labores de armado de explosivos en donde manipuló elementos peligrosos, sin estar capacitado ni certificado por la entidad competente (INDUMIL), para el manejo de explosivos, labor que desempeñó hasta el 11 de octubre de 2017.

Que el 27 de agosto de 2018 presentó derecho de petición ante COAL NORTH ENERGY S.A.S. solicitando el resarcimiento de manera plena e integral de los perjuicios ocasionados, indemnización plena de perjuicios del art. 216 del CST por las enfermedades laborales a causa del accidente laboral del 12 de septiembre de 2012. Que la explotación carbonífera mina aurora 1 no le entregó al trabajador el equipo auto/rescatador, que para la fecha del accidente, no tenía aprobado el plan de trabajos e inversión (PTI), plan de trabajos y obras PTO. Asegura que la sociedad COAL NORTH ENERGY S.A.S. sólo estaba autorizado por la Agencia Nacional Minera para realizar la explotación.

Aseguró que el explotador minero Sociedad COAL NORTH ENERGY S.A.S. como titular minera la Sociedad MINAS AURORA S.A.S. en el título minero LJ5-08011, antes del accidente laboral sufrido por el demandante, tenían conocimiento que el macizo rocoso ejercía sobrecarga y presión al techo de la mina ocasionando como en efecto sucedió fracturación y diaclasa y el posterior derrumbe de la roza en la humanidad del demandante. A pesar de ello, nunca realizaron mantenimiento, supervisión, además, no capacitaron al demandante para las labores correspondientes al sondeo y desabombe,

colocación de las puertas nivelación y aplomo, empalmes entre el Capiz y las palancas en el frente de trabajo; no contaban con manual de procedimientos de manejo de equipos y herramientas, no se tenía implementado el registro de accidentalidad; No tenían implementado y socializado al personal el programa de salud ocupacional, higiene y medicina del trabajo, no tenían el ejecución y socializado el programa de sostenimiento.

Sostuvo que el día del accidente, quienes realizaron los primeros auxilios fueron sus compañeros de trabajo, los cuales, no tenían ninguna capacitación en el tema, sacándolo por debajo del alud de roca de carbón con un peso aproximado de 2 toneladas, y de manera improvisada lo sacaron con tablas a la superficie.

Que las demandadas no le entregaron los elementos de protección personal como botas de punta metálica, filtros de auto rescate, equipo de respiración a base de oxígeno, cinturones de seguridad, mascarilla, protección auditiva, gafas. Que no recibió capacitación sobre los riesgos ergonómicos de salud ocupaciones (movimientos repetitivos, posturas, manipulación de cargas, sobrecargas). Que la empresa no tenía establecido el programa de vigilancia, promoción, prevención para desordenes musculo-esqueléticos.

III. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La demandada MINA LA AURORA S.A.S. a través de su apoderado judicial alega no constarle los hechos y se opuso a todas las pretensiones incoadas en la demanda, alegando como excepciones de fondo, (i) la carencia de legitimación en la causa por pasiva porque no existe relación laboral con el demandante Luis Alfonso Ortega para la época del accidente en el 2009, (ii) la inexistencia de la obligación por ausencia de culpa -causa extraña-fuerza mayor, (iii) la falta de demostración de los perjuicios demandados, (iv) indebida tasación de perjuicios, (v) cobro de lo no debido, (vi) enriquecimiento ilícito y mala fe del demandante, (vii) inducción al error al funcionario judicial, (viii) inexistencia del nexo causal. (PDF-1.1, Fls. 277-295).

La sociedad COAL NORTH S.A.S. a través de su apoderada judicial se opuso a todas las pretensiones de la demanda, alegando que no es responsable del accidente de trabajo ocurrido al demandante Ortega Carrillo, asegurando que el mismo fue consecuencia de la negligencia del trabajador; que la sociedad cumplió con todas las normas de seguridad en el trabajo y salud ocupacional; propuso como excepciones de fondo, la imprudencia exclusiva del trabajador como eximente de responsabilidad, ausencia de daño para reclamar, falta de causalidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la prescripción. (PDF. 1.1, Fls. 303-339).

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 04 de octubre de 2021, resolvió NEGAR la pretensión de responsabilidad patronal y las demás pretensiones, dando respuestas a las excepciones de mérito propuestas por las demandadas; condenó al actor en costas procesales.

El juez a quo fundamentó su decisión en que, de conformidad con las pruebas documentales aportadas al expediente y las declaraciones rendidas en audiencia, el trabajador tenía conocimiento de los programas de salud ocupacionales y de la actividad que desarrollaba al momento del accidente, luego entonces, al conocer los riesgos de taladrar sobre una roca sin sostenimiento, en caso de existir una orden por parte del administrador, el actor no debía cumplirla porque ponía en riesgos su integridad personal, y al demostrarse que el actor *“mintió”* porque alegó que no recibió capacitaciones, siendo igualmente no creíble la *coartada* del testigo García Ballesteros ya que éste ingresó a la empresa el 15 de septiembre de 2012 y el accidente fue el 12 de septiembre de 2012; sostiene que no se presenta por el actor una tesis en concreto, determinante e incluyente del nexo causal del accidente de trabajo en los precisos términos del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para inferir la culpa suficiente del empleador, prueba que está a cargo del actor.

Afirmó que las alegadas irregularidades deprecadas en los hechos de la demanda, de ningún modo incidieron en concreto en la causación en forma directa y antecedente determinante del accidente de trabajo, para imputar la responsabilidad al empleador en los términos del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, siendo procedente la absolución de la empresa demandada COAL NORTH ENERGY S.A.S. al no existir certeza del elemento normativo básico conforme al artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, para condenar por la responsabilidad subjetiva y con base en esta decisión se tiene que igualmente absolver a la solidariamente a la vinculada C.I. Minas La Aurora SAS.

Sostuvo que el DVD 171, ninguna incidencia tiene en cuanto al hecho que dio lugar al accidente de trabajo y consideró que tampoco es prueba certificada por autoridad alguna o testigo o reconocida por la parte pasiva, que dé certeza que la actividad se realizaba en las instalaciones de la pasiva, sobre la responsabilidad de los titulares de derechos mineros, quienes muchas veces no exploran, ni explotan directamente y que contratan con terceros, el legislador ha sido celoso en cuanto a la responsabilidad de quien tiene la calidad como titular de derecho minero, el artículo 5 del decreto 1335 de 1987 establece que el propietario de la mina o los titulares de derechos mineros son responsables directos de la aplicación y cumplimiento del presente reglamento, cuando se realicen contratos con terceros, estos últimos están obligados a cumplir con las exigencias establecidas en el presente reglamento y el explotador vigilará su cumplimiento, siendo solidariamente responsable con el propietario titular del derecho minero.

Concluyó que, al no existir condena a las demandadas, no se estudiará la solidaridad prevista en el art. 34 del CST, además, que en caso de existir responsabilidad patronal, ésta no estaría afectada del fenómeno de la prescripción por cuanto el dictamen de la JNCI fue proferido el 29 de octubre de 2015, el reclamo ante la demandada fue presentado por el actor el 28 de agosto de 2018 y la demanda se presentó el 8 de octubre de 2018, según lo señaló la CSJ en sentencia del 14 de agosto del 2012 radicación 39443, magistrado ponente Francisco Javier Ricaurte.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado judicial de la parte demandante, solicitó sea revocada la sentencia de primera instancia en su totalidad, y se declare a COAL NORTH ENERGY S.A.S. y SOLIDARIAMENTE a C.I. MINAS AURORA S.A.S. responsables de las enfermedades laborales y de las gravísimas lesiones que sufrió el señor LUIS ALFONSO ORTEGA CARRILLO, conforme al art. 216 del código de sustantivo del trabajo, artículo 1604 del C.C; y la solidaridad establecida en el en el artículo 34 CST y en el artículo 5 decreto 1335 de 1987 reglamento de seguridad en las labores subterráneas, por los padecimientos del ACCIDENTE LABORAL ocurrido el día 12 de septiembre de 2012 y de las enfermedades laborales.

Que con fundamento a las facultades **ultra y extra petita** se condene a la demandada COAL NORT ENERGY S.A.S. y solidariamente a C.I. MINAS AURORA S.A.S. al pago de la Indemnización moratoria del art 65 CST, al pago de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el pago deficitario de las cesantías, al pago del lucro cesante consolidado y futuro, al pago del daño emergente.

Se condene a las demandas al pago de perjuicios morales por la suma de \$312.496.800, daño en la vida de relación \$144.529.770 y daño en la salud \$78.124.200. al pago de intereses y la indexación.

Manifestó que el día de la audiencia de juzgamiento de primera instancia 04 de octubre de 2021 solicitó el aplazamiento de la misma, en consideración a que, mediante auto fechado el 30 de septiembre de 2021, la Sala Laboral del Tribunal decidió revocar el auto proferido por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA fechado el primero (1º) de diciembre de dos mil veinte (2020), ordenando al Juez, decretar la medida cautelar de caución prevista en el art. 85 A del CPT y SS.

Que la anterior petición se fundamentó en que, al demandante no lo han convocado a la presunta liquidación de la sociedad demandada, y el 11 de octubre del 2017, el empleador relevo al trabajador de su cargo y lo reubico

en la casa, esto es, más de 2 años y 11 meses que el demandante no recibe remuneración alguna por parte de la pasiva, por lo que, solicitó *“...reprogramar la audiencia y dar cumplimiento a lo ordenado por el honorable tribunal”*. Petición que el A quo despacho desfavorablemente indicando que no le han comunicado oficialmente la decisión. (audio 04:03) por lo que, no acató la decisión del superior.

Afirma que desde el día (16) de diciembre de 2018 la demandada COAL NORT ENERGY S.A.S. no paga salario, auxilio, ni prestaciones de ninguna índole al demandante, es decir, hace 3 años y 10 meses no recibe ningún tipo de remuneración, actuación que considera de mala fe porque no aportó razones jurídicas válidas.

Considera que se probaron los dos elementos que acreditan la culpa patronal tanto del explotador minero COAL NORT ENERGY como el titular del derecho minero C.I MINAS LA AURORA en el acaecimiento del siniestro, estos son: **el daño** que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral del 41.57% determinada por La Junta Nacional de Calificación de Invalidez el día 29 de octubre de 2015, en dictamen No 88027254-836 y, **el nexo causal entre el comportamiento culposo y el perjuicio**, en la que se encuadra la afectación a la integridad o salud fue consecuencia o efecto del descuido, negligencia y desdén por culpa del empleador en el NO acatamiento de los deberes que le corresponden de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores.

Manifestó que las demandadas incumplieron la normativa especial creada para proteger la vida de los trabajadores mineros REGLAMENTO DE SEGURIDAD EN LAS LABORES SUBTERRÁNEAS DECRETO 1335 DE 1987 y demás normas complementarias ley 685 de 2001 y Decreto 1886 del 21 de septiembre de 2015. Que no acataron las recomendaciones dadas por la autoridad minera ANM. Que hubo falta de supervisión en el desarrollo de tareas de alta peligrosidad en condiciones inseguras. Que faltó el programa de sostenimiento de conformidad con las condiciones de FRACTURAMIENTO o DIACLASA que presentaba el techo de la mina. Que no hubo capacitación al trabajador en sostenimiento, con las condiciones de FRACTURAMIENTO o DIACLASA que presentaba el techo de la mina. Y omitieron el estudio del macizo rocoso de la Geología Local y Regional en la mina.

Afirmó que el Juez cometió errores en la valoración de las pruebas documentales, porque según el documento visto a folio 36 del expediente, se demostró que a los 22 meses antes del accidente laboral, MINA AURORA 1 lugar donde sucedió el accidente al demandante era catalogado por la ANM como ilegal no inscrita en el registro minero nacional, y posteriormente 9 meses largos después del accidente de trabajo inspección # 882 es legalizada.

Manifestó que el Juez A quo, omitió la valoración integral y minuciosa de la prueba, dejando de lado facticos de vital importancia que demostraban que

la mina nunca estuvo en etapa de exploración según el dicho de las demandadas, por el contrario se estaba en ETAPA DE EXPLOTACION como lo corrobora la cantidad de carbón extraída en la mina (60 coches diarios de peso aproximado de una (1) tonelada) información suministrada al ente fiscalizador por un trabajador de la mina (el malacatero), uno de los 19 trabajadores encontrados laborando en la mina, por lo que a grosso modo se infiere que en la mina se extraían aproximadamente unas 1800 toneladas mes, cantidad de carbón que no se equipara para una etapa de EXPLORACIÓN.

Que el explotador minero COAL NORT ENERGY S.A.S. como el titular del derecho minero MINA LA AURORA C.I., no informaron a la Agencia Nacional Minera, ni a la Aseguradora de Riesgos Positiva el grave accidente ocurrido al demandante, conculcando lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1886 de 2015, al demostrarse que después de 5 años de ocurrido el insuceso, le comunicaron a la aseguradora de riesgos la investigación según se corrobora con el documento visto a folio 246, situación que le impidió al grupo investigador de la aseguradora y al de la autoridad minera verificar lo sucedido, determinar cuáles fueron las causas del accidente y manifestar su conclusión al respecto, impidiendo establecer las medidas preventivas y correctivas que eviten su reiteración.

Señaló que al interior de la mina donde ocurrió el accidente, se presentaba FRACTURAMIENTO AGRIETAMIENTO EN EL TECHO conocido en minería como DIACLASAS, situación conocida por el SUPERVISOR de la mina el señor Jairo Cristancho como lo manifestó en su declaración y advertido por la Agencia Nacional Minera con un (1) año de antelación *por lo que se hacía imperioso vital y necesario realizar el ESTUDIO DEL MACIZO ROCOSO antes de iniciar la explotación del título*, en consecuencia, se prueba que hubo una violación del literal a) del art. 54 del Decreto 1335 de 1987 o reglamento de seguridad en las labores subterráneas.

Dice que las pruebas documentales aportadas por la demandada, como presuntas capacitaciones impartidas al demandante, no fueron suscritas por éste, toda vez, que para las fechas en que dicen haberse impartido, el demandante se encontraba incapacitado.

Aseveró que la MINA LA AURORA 1 es responsable solidariamente de la responsabilidad patronal y el pago de los perjuicios, por cuanto el actor acreditó que la labor ejercida por él, en desarrollo del contrato OPERACIÓN MINERA N4 pertenece a las actividades normales o corrientes de quien encargo su ejecución, pues se desempeñaba la mina aurora 1 donde acaeció el infortunio como frentero carretero picador de carbón, es decir, se encargada de funciones que pertenecen al giro ordinario de la empresa beneficiaria y titular del derecho minero demandada en solidaridad C.I. MINA LA AURORA.

Alega que las demandadas no cumplieron con la carga procesal de demostrar que actuaron con diligencia y precaución, para resguardar la salud y la integridad de los trabajadores que laboraban en la mina donde aconteció el infortunio, que consagra el art.56 del C.S.T. y las obligaciones especiales indicadas en el art. 57 ibidem numerales 1° y 2°.

Dice que los testimonios practicados en audiencia logran demostrar la negligencia del empleador para el momento del accidente.

Que con los videos allegados como prueba con la reforma de la demanda 2 DVD visto a folios 173 - 174 quedó demostrado la negligencia del empleador al colocar en riesgo la vida e integridad del demandante y sus compañeros de labores al permitir al demandante manipular explosivos, realizar detonaciones en su frente de trabajo SIN ESTAR CAPACITADO Y CERTIFICADO POR LA BRIGADA DEL EJÉRCITO O EL SENA como lo exigen el reglamento de seguridad en las labores subterráneas decreto 1335 de 1987 en los artículos 106, 107.

VI. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para surtir el grado jurisdiccional de consulta según lo previsto en el inciso 2° del artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

Previo a formular el objeto de la litis, se hace indispensable aclarar los siguientes puntos:

Facultades extra y ultra petita en laboral y seguridad social.

Se tiene que el apoderado judicial de la parte activa alega en sus alegatos de conclusión de segunda instancia, que al demandante no le pagan salarios y prestaciones sociales desde el 2018, razón por la que, pretende que esta Sala ordene el reconocimiento de la Indemnización moratoria del art 65 CST, la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el pago deficitario de las cesantías, pretensiones que no pueden analizarse en esta instancia, pues el art. 50 del CPT y SS tiene establecido que las facultades extra y ultra petita en laboral, sólo están reservadas a los jueces de primera instancia y en este asunto, desde la presentación de la demanda y consecuente con la fijación del litigio, el conflicto se dirige a que las demandadas sean declaradas responsables por CULPA PATRONAL según lo previsto en el art. 216 del CST, a la solidaridad entre las demandadas, y la condena al pago de la indemnización por perjuicios materiales y morales junto con los intereses moratorios y/o indexación de las sumas adeudadas de dichos conceptos.

Así es que, el juez no puede desbordar el marco trazado por las partes en conflicto, de modo que le está vedado pronunciarse, sin más, sobre supuestos y peticiones no incluidas ni discutidas por las partes al interior del proceso y que, por ello, nunca pudieron ser debidamente consideradas pues, sin perjuicio de que puedan presentarse eventos que al momento de

presentación de la demanda no se preveían o que el funcionario judicial pueda declarar derechos más allá de lo pedido, lo cierto es que ello se enmarca en un respeto de los derechos de defensa y contradicción de las partes y debe guardar total correspondencia con los hechos y pretensiones planteados desde el comienzo, debidamente probados y alegados por la parte interesada. (Ver AL34480-2021 Rad. 82981 CSJ).

Aunado a lo anterior, se tiene que, en el auto del 04 de octubre de 2022 que ordenó correr traslado a las partes para alegar en segunda instancia, se les recordó *“los alegatos en segunda instancia deberán estar en **consonancia con los concretos motivos de inconformidad a los debatidos en el transcurso del proceso 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**”*, es decir, dicha oportunidad procesal se orienta a **reforzar** los argumentos previamente debatidos, **omitiendo traer a colación hechos no discutidos en la oportunidad prevista**, de tal suerte, que de conformidad con lo expuesto, funge palmario que esta Sala no tiene competencia para estudiar y resolver sobre el reconocimiento de la Indemnización moratoria del art 65 CST, la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el pago deficitario de las cesantías.

Auto en efecto devolutivo.

De otro lado, el apoderado judicial de la parte actora inicia su discurso de alegatos, advirtiendo que durante la audiencia del 04 de octubre de 2021, solicitó el aplazamiento de la misma para que procediera al trámite ordenado en el auto proferido por esta Sala el 24 de septiembre de 2021 y publicado en estado electrónico No. 100 del 30 del mismo mes del año 2021, el cual, hace referencia al decreto de la caución prevista en el art. 85 A del CPTS y SS, del 50% del valor de las pretensiones como fue solicitada en la demanda, petición que fue denegada por el Juez A quo al continuar con la lectura del fallo bajo el entendido de que no había sido comunicado por el Superior, de la medida tomada en segunda instancia.

Al respecto se tiene que, el art. 323 del CGP, especialmente a lo que hace referencia al efecto devolutivo en que se concede la apelación, se tiene que, en sus últimos incisos enseña:

(...)

La circunstancia de no haberse resuelto por el superior recursos de apelación en el efecto devolutivo o diferido, **no impedirá que se dicte la sentencia**. Si la que se profiera no fuere apelada, el secretario comunicará inmediatamente este hecho al superior por cualquier medio, sin necesidad de auto que lo ordene, para que declare desiertos dichos recursos.

Quedarán sin efecto las decisiones del superior que hayan resuelto apelaciones contra autos, cuando el juez de primera instancia hubiere proferido la sentencia antes de recibir la comunicación de que trata el artículo 326 y aquella no hubiere sido apelada. Si la comunicación fuere recibida durante el desarrollo de una audiencia, el juez la pondrá en conocimiento de las partes y adoptará las medidas pertinentes; si a pesar de ello la profiere y este hubiere revocado alguno de dichos autos, deberá declararse sin valor la sentencia por auto que no tendrá recursos.

Bajo este panorama se tiene que, el Juez A quo estaba habilitado para proferir sentencia de primera instancia el día 04 de octubre de 2021, pues si bien es cierto el auto proferido por esta Sala se publicó en estado electrónico el 30 de septiembre del mismo año, la Secretaría de la Sala comunicó la decisión de segunda instancia sólo hasta el 28 de octubre de 2021 cuando devolvió el expediente según se constata en el oficio No.1157, y para esta fecha el juzgado ya había remitido el expediente para surtir el grado jurisdiccional de consulta el 8 de octubre de 2021 mediante oficio No.02500, tal como se visualiza en la pagina web de la rama judicial consulta de procesos www.ramajudicial.gov.co.

1. Actuación del Tribunal.

Contenidos					
PT. N° 18186 - EL APODERADO JUDICIAL DE LA PARTE DEMANDANTE, INTERPUSO RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL AUTO QUE NEGÓ LA MEDIDA CAUTELAR DE FECHA 01 DE DICIEMBRE DE 2020, PROFERIDO POR EL JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA.					
Actuaciones del Proceso					
Fecha de Actuar	Actuación	Ampliación	Fecha Inicio Término	Fecha Finado Término	Fecha de Registro
26 Oct 2021	ENVÍO EXPEDIENTE	SE ENVÍA EXPEDIENTE DIGITAL AL JUZGADO DE ORDEÑA A TRAVÉS DE CORREO ELECTRÓNICO, CON OFICIO N° 1157 DE FECHA 28 DE OCTUBRE DE 2021			26 Oct 2021
30 Sep 2021	FUJACION ESTADO				30 Sep 2021
29 Sep 2021	AUTO REVOCADO	REVOCAR LA DECISIÓN FECHADA EL PRIMER (1°) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VENTE (2020), Y EN SU LUGAR, ORDENAR QUE SE PROCEDA CON LAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS EN EL ART. 85-A DEL OPT Y DE LA SS, FIJANDO COMO CAUCIÓN, EL 50% DEL VALOR DE LAS PRETENSIONES COMO FUE SOLICITADA EN LA DEMANDA			29 Sep 2021
21 Apr 2021	RECEPCIÓN MEMORIAL	EL DR. JOSE ARTURO CONTRERAS SUAREZ, ACTUANDO EN SU CONDICIÓN DE APODERADO JUDICIAL DE LA PARTE DEMANDANTE, REMITÓ MEMORIAL A TRAVÉS DE CORREO ELECTRÓNICO PRESENTANDO ALEGATOR DE CONCLUSIÓN			21 Apr 2021
13 Apr 2021	FUJACION ESTADO				13 Apr 2021
12 Apr 2021	AUTO ORDENA CORREO TRASLADO	DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 16 DEL DECRETO LEGISLATIVO 808 DEL 4 DE JUNIO 2020, SE CORRE TRASLADO A LA PARTE RECURRENTE, EL DEMANDANTE PARA QUE EN EL TÉRMINO DE CINCO (05) DIAS PROCEDA A ALEGAR DE CONCLUSIÓN, VENCIDO LO CUAL CORRERÁ EL TÉRMINO PARA ALEGAR A LOS DEMANDADOS.			12 Apr 2021

2. Actuación del juzgado de primera instancia.

Actuaciones del Proceso					
Fecha de Actuar	Actuación	Ampliación	Fecha Inicio Término	Fecha Finado Término	Fecha de Registro
08 Oct 2021	ENVÍO DE EXPEDIENTE	CON OFICIO N° 52000 SE REMITE EXPEDIENTE DIGITAL PARA SURTIR CONSULTA. RSR			07 Oct 2021
04 Oct 2021	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA	SE REALIZÓ AUDIENCIA LOS DIAS 24 Y 25-SEPT-2021 Y EL 04OCT2021, RESUELVE: PRIMERO - NEGAR LA PRETENSION DE RESPONSABILIDAD PATRONAL CON FUNDAMENTO EN EL ARTICULO 216 CST. ... SEGUNDO - NEGAR LAS DEMAS PRETENSIONES, CON ESTA DECISION HAY RESPUESTA A LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR LAS PARTES EN SU DEFENSA. ... TERCERO - CONDENAR EN COSTAS A LA PARTE DEMANDANTE Y A FAVOR DE CADA UNA DE LAS PARTES. ... CUARTO - ORDENAR SI NO ES APELADA LA SENTENCIA POR LA PARTE DEMANDANTE, SE SURTA EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA. ... NO HAY APELACION, QUEDA SENTENCIA PARA CONSULTA. RSR			07 Oct 2021
29 Sep 2021	RECEPCIÓN DE MEMORIAL	5:52 PM, APODERADO DE LA DEMANDADA, CI MINAS LA AURORA S.A.S SUSTITUYE PODER A FAVOR DEL DR. FREDDY JESUS RUIZ VILLAMAR, RSR			29 Sep 2021
24 Sep 2021	ACTA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO	SE RECEPCIONARON EL INTERROGATORIO Y LOS TESTIMIOS SOLICITADOS Y SE FIJA NUEVA FECHA PARA EL DIA 30 DE SEPTIEMBRE 2021 A LAS 09:15 AM			24 Sep 2021

Razones por las cuales, la decisión de primera instancia es válida, porque el Juez se encontraba habilitado para proferir el fallo y no vulneró el debido proceso porque actuó conforme lo dispone la norma procesal, lo que indica, que la decisión en segunda instancia una vez proferida la sentencia de primer grado, no surte efecto alguno según las consecuencias de la norma trascrita.

Aclarado lo anterior y descartando los puntos anteriores del debate en segunda instancia, **el problema jurídico** se reduce a determinar, si se configuró el fenómeno de la culpa patronal prevista en el art. 216 del CST en cabeza de la sociedad COAL NORTH ENERGY S.A.S, derivada del accidente de trabajo sufrido el 12 de septiembre de 2012 por el señor LUIS

ALFONSO ORTEGA CARRILLO junto con las secuelas diagnosticadas en fecha posterior, y si es procedente la condena por indemnización plena de perjuicios a favor de los demandantes Luis Alfonso Ortega Carrillo en su nombre y en representación de sus hijos menores de edad, la señora Mayralin Agudelo Mendoza (Cónyuge) y Marisol Ortega Agudelo (hija mayor de edad) intereses moratorios y/o indexación; además, si la demandada CI MINAS AURORA S.A.S. es responsable solidariamente por las condenas.

Así las cosas, se hace importante recordar que conforme al art. 61 del C.P.T. y S.S., los jueces de instancia gozan de la facultad de apreciar libremente los medios de convicción para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos, con fundamento en las pruebas que más los induzcan a hallar la verdad y con base en la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia, salvo que sus apreciaciones se alejen de la lógica de lo razonable o atenten marcadamente contra la evidencia.

En este sentido, se tiene que el Juez de primera instancia absolvió a los demandados de la culpa patronal prevista en el art. 216 del CST, manifestando que el demandante no demostró las circunstancias en las que ocurrió el incumplimiento patronal en relación con la ocurrencia del accidente, sostuvo que no se presenta por el actor una tesis en concreto, determinante e incluyente del nexo causal del accidente de trabajo en los precisos términos del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para inferir la culpa suficiente del empleador, prueba que está a cargo del actor.

Culpa Patronal.

Así las cosas, se rememora que el artículo 216 del C.S.T dispone: *“Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente del trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo”*.

Al respecto la HCSJ en su sentencia SL2206-2019 indicó lo siguiente:

Recuerda esta Sala, que para el reconocimiento y pago de la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de la ocurrencia del riesgo, accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe encontrarse la culpa suficientemente comprobada del empleador, responsabilidad de naturaleza eminentemente subjetiva, que lleva a que se establezca en estos casos no solo el daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo, sino que se demuestre también el incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad, que le exige tomar las medidas adecuadas atendiendo las condiciones generales y *especiales del trabajo*, tendientes a evitar que el trabajador, como se dijo, sufra menoscabo en su salud e integridad

a causa de los riesgos laborales.

Cuando el empleador incumple culposamente dichos deberes derivados del contrato de trabajo, se presenta la responsabilidad de indemnizar al trabajador que sufre el infortunio laboral o la enfermedad profesional, o a sus beneficiarios, respecto de los daños que le fueran ocasionados con ese proceder, que comprende toda clase de perjuicios, ya sean materiales o morales. En otras palabras, la abstención en el cumplimiento de la diligencia y cuidados debidos en las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige la citada normativa legal.

Así mismo, en su sentencia con Rad. 42532 de 2014, citada más recientemente en aquella de Rad. 37897 de 2017, lo siguiente:

[...] para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el literal b), art. 12 de la Ley 6ª de 1945 (sector oficial) y en el Art. 216 CST (sector particular), debe encontrarse suficientemente comprobada la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita, **además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia o efecto de la negligencia o culpa del empleador** en el acatamiento de los deberes que le corresponden de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores (núm. 1º y 2º art. 26 Decreto 2127 de 1945)».

La causalidad, es decir, la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, además de ser un elemento sine qua non de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, es una pauta de justicia, en la medida que, nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él. De allí que la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, y el caso fortuito y la fuerza mayor (denominados por la doctrina causas ajenas), sean considerados en el derecho común como eximentes de responsabilidad, en tanto que, con su establecimiento, el nexo causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa.

Por otra parte, el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, prevé sobre las obligaciones especiales del empleador *«poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores»*; así como también la de *«Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades laborales en forma que garanticen razonablemente la seguridad y la salud»*; que, por su parte, el artículo 348 *ibidem*, en relación con las medidas de higiene y seguridad en el trabajo, dispone que *«todo empleador o empresa están obligados a suministrar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores»*, y el artículo 21 del Decreto 1295 de 1994 reiteró la obligación que tienen los empleadores de procurar el cuidado en la salud de los trabajadores y sus ambientes de trabajo.

Debe precisarse que aun cuando las obligaciones estatuidas a cargo del

empleador en los artículos 56 y 57 numeral 2º del CST **son de medio y no de resultado**, pues, en general resulta imposible eliminar totalmente en la práctica los infortunios del trabajo, en todo caso la obligación del empleador, conforme a la última disposición legal referida, es la de procurar suministrar a los trabajadores elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales y una debida supervisión del trabajo a realizar, en forma tal que se le garantice «razonablemente» al trabajador su seguridad y su salud. (ver sentencia SL3860/2020).

En cuanto a la carga probatoria, la Honorable Corte Suprema de Justicia en las sentencias del 16 de abril de 2016, SL5619-Radicado 47907 y SL1525 del 2017 entre otras, dispuso que cuando se trata de un **acto omisivo por parte del empleador en desarrollo de sus obligaciones legales** y como consecuencia se produjo el accidente o enfermedad laboral, **la carga de la prueba se invierte**, y es a este último a quien le corresponderá probar que actuó con diligencia y precaución para proteger la salud y la integridad de sus trabajadores.

Bajo estas circunstancias, cuando el empleador tiene conocimiento del factor de riesgo a los que están sujetos sus trabajadores, debe tomar las medidas necesarias para tratar de evitarlo, ya que, si ocurre un evento relacionado con ese factor de riesgo, debe responder por tal omisión, y la única forma de exonerarse de la obligación de reparar el daño, son las causales de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

De otro lado, también se exige al trabajador la obediencia sobre todas y cada una de las medidas de seguridad que para el efecto haya precavido el empleador, además de la asistencia de aquél a los cursos de capacitación que sobre el tema se hayan planeado, seguir los protocolos previstos para el ejercicio del trabajo direccionados a disminuir los riesgos, el uso adecuado y oportuno de los elementos de seguridad que se le hayan entregado, amén de la diligencia y cuidado extremos por parte del trabajador en todo momento de sus actuaciones laborales, a fin de evitar o disminuir los riesgos que puedan afectar no solo la vida del trabajador, sino la de sus compañeros y los bienes de la empresa.

De otro lado, para determinar la culpa suficiente del empleador en la generación de la enfermedad o del accidente de trabajo, deberá estar demostrado que la exposición de los factores de riesgo inherentes a la actividad ejercida por el trabajador, no fue prevista, controlada ni mitigada, única y exclusivamente por negligencia del empleador en el acatamiento de los deberes anteriormente mencionados.

De conformidad con lo anterior, para que sea hace procedente reconocer la indemnización plena de perjuicios, la parte demandante tiene que acreditar los siguientes presupuestos:

1. El accidente de trabajo o la enfermedad profesional;
2. La culpa del patrono; y
3. Los perjuicios y su tasación.

Con la salvedad de que, al demostrarse que el empleador incurrió en omisión en el deber de protección y seguridad, la carga de la prueba se invierte, es decir, le corresponderá al empleador acreditar que actuó con diligencia y precaución para proteger la salud y la integridad de sus trabajadores.

Descendiendo al caso en estudio, no existe duda en la existencia de la relación laboral entre las partes, a través de un contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes inicialmente inferior a 1 año desde el 15 de abril de 2012, donde el actor en calidad de trabajador ejercía el cargo de MINERO PICADOR y hasta el momento de esta providencia, la relación jurídica continúa vigente por ausencia de prueba que demuestre lo contrario (PDF. 0.1-fl.457).

Ahora bien, para lo pertinente y con el fin de cumplir con la carga probatoria analizada en precedencia, **el demandante aportó documentos** donde no existe duda de que, durante la relación laboral sufrió un accidente laboral, el 12 de septiembre de 2012 (PDF. 0.1-FL.501), que fue calificado por la JNCI mediante dictamen N.88027254-836 el 29 de octubre de 2015 por los diagnósticos de: trastorno estrés postraumático CIE: F431, Fractura de Vértebra Lumbar CIE: S320, Lesión Menisco Derecho CIE: S832, Trauma peroneo CIE S836, de origen laboral, con fecha de estructuración del 14 de noviembre de 2014 y PCL:41.57%.

Que la empresa GLOBAL SAFE SALUD los días 24 de octubre de 2016 y 17 de enero de 2017 informó a la empresa CAOL NORTH ENERGY S.A.S., sobre el reintegro laboral del actor con recomendaciones médicas (PDF. 0.1 Fls. 49-51, 53- 57).

A folio 63 del PDF 0.1, se aportó la carta enviada por COAL NORTH ENERGY S.A.S. hacia el demandante el 11 de octubre de 2017, donde le informan que lo relevan del cargo y que continuaran pagándole los salarios.

El 27 de agosto de 2018 el actor presentó solicitud ante la empresa COAL NORTH ENERGY S.A.S. respecto al reconocimiento de la indemnización de perjuicios por el accidente sufrido (PDF 0.1. fls. 65-67).

Por último, a pesar de haberse incorporados como pruebas los siguientes documentos, éstos no son pertinentes ni conducentes para demostrar la

responsabilidad del empleador en el accidente de trabajo: (i) Declaración rendida ante notaría del 27 de octubre de 2018, donde el demandante y la señora MAYRALIN AGUDELO MENDOZA manifiestan la convivir en unión marital de hecho (PDF.0.1 fl.107), (ii) los registros civiles de nacimiento de los 5 hijos procreados por la pareja (PDF. 0.1. fls.109-117). (iii) La Cámara de comercio de la Mina la Aurora (fls.119-128 PDF 0.1.); (iv) Además, aportó una serie de grabaciones, donde se observa al demandante en un lugar fuera de la mina, manifestando inconformidades por encontrarse sólo en un cuarto y en un espacio abierto, don dos muletas. (v) los resultados de diferentes exámenes de diagnósticos como RNM, electromiografías etc.

De las pruebas anteriormente mencionadas, hasta el momento, **el demandante logra demostrar el primer presupuesto, esto es, la ocurrencia del accidente de trabajo del 12 de septiembre de 2012**; siendo necesario analizar, si existe culpa del empleador en la ocurrencia del mismo, para lo cual, el actor fundamenta que en transcurso de su vínculo las demandadas no realizaron las pertinentes capacitación de riesgos, nunca le entregaron suministros de dotación para la protección en el ejercicio de sus labores, alega la falta de mantenimiento de la mina por presencia de fracturas en las rocas y que los trabajadores no estaban capacitados para las emergencias, falta de acatamiento de las recomendaciones de las autoridades para el desarrollo de actividades subterráneas, falta de supervisión, entre otras.

En este punto, uno de los argumentos de la parte demandante, se orienta a demostrar que *la Mina Aurora 1 es ilegal porque no estaba inscrita en el Registro Nacional de Minería para el momento del accidente*, lo que impedía las visitas de fiscalización de inspección técnica al título minero y trabajar sin medidas de seguridad *necesarias establecidas en el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el trabajo...*, fundamento que fue soportado según lo visto en el contrato de concesión título No LJ5-08011 INSPECCIÓN No.882 visto a folios 69-80 del PDF 0.1.

Sobre el particular, al revisar el aludido documento firmado por la ingeniera de minas Nini Johana Becerra Sánchez, se extrae que, la fecha de registro minero nacional es del 16 de marzo de 2011, que el 02 de noviembre de 2010 y el 29 de junio de 2013 se realizaron las visitas de fiscalización, que el contrato de concesión se encontraba en la etapa 3 de exploración, que el titular de la concesión adeuda canon superficiario correspondiente a la segunda y tercera etapa de exploración, que en el año 2011 no hubo producción de roca fosfática, que se recomendó al titular del contrato, presentar la renovación de la póliza minero ambiental No.30069263 vencida desde el 23 de enero de 2013, concluyéndose que no existe el fenómeno de la minería ilegal, amen que en el documento visto a folios 81-91 del PDF 0.1., la Agencia Nacional Minera realizó la fiscalización de los títulos mineros radicado el 14 de julio de 2014, del cual no se extrae ninguna clase de información alguna que demuestre la práctica de una minería ilegal, siendo menester establecer la existencia y el alcance de las omisiones imputadas al trabajador para establecer la configuración de la culpa patronal.

Pruebas allegadas

-Acta de Inducción del 16 de abril de 2012 suscrita por el demandante Luis Alfonso Ortega Carrillo y el Coordinador de COAL NORTH ENERGY S.A.S., en donde se constata que el trabajador recibió en forma verbal, escrita y audio visual durante 4 horas información respecto a los siguientes temas: deberes y derechos de los trabajadores, obligaciones de los trabajadores, reglamento interno de trabajo, medidas complementarias de seguridad, normas de convivencia y batería sanitaria, higiene personal, programa de salud ocupacional de la empresa y su cronograma de actividades, riesgos ocupacionales, sanciones, COPASO y sus funciones, procedimientos en caso de accidentes de trabajo entre otros. (PDF-0.1 fls.461-477).

-A folios 507-511 PDF. 0.1. en los numerales 14 y 16 del 15 y 20 de abril de 2012, el actor firmó la inducción y la charla de seguridad dada por la empresa demandada; el 27 de abril el actor participó de la reunión del COMITÉ DE SEGURIDAD, INSPECCIONES Y MANTENIMIENTO, donde se socializó las inspecciones realizadas en el mes, para verificar las adecuaciones y mantenimientos realizados o a realizar con el fin de garantizar la seguridad en cada una de las labores.

Igualmente, se constató que el actor recibió y firmó, el 15 de abril de 2012, el manual de funciones en donde se recalcó la importancia de su aplicación para evitar la ocurrencia de accidentes de trabajo, en cumplimiento de lo dispuesto Decreto 614/1984, 1335/87 y Decreto Ley 1295/94 (PDF. 0-1. Fls.478-481).

ASI MISMO, SE ME INFORMA SOBRE LOS FACTORES DE RIESGO A LOS QUE PUEDO
ESTAR EXPUESTO DURANTE LA EJECUCION DE MIS ACTIVIDADES EN LA MINA:

RESBALONES
DERRUMBES
EXPLOSIONES
SHOCK ELECTRICO
INUNDACIONES
INTOXICACION POR GASES

ASPECTOS EN LOS CUALES FUI INSTRUIDO:

GASES PRESENTES EN LA MINA: CH4, O, CO, CO2
SOSTENIMIENTO DE VIAS Y CONTROL DE TECHOS
MANEJO DE CARGAS Y ERGONOMIA
NORMAS DE SEGURIDAD
ELEMENTOS DE PROTECCION PERSONAL
MANUAL DE FUNCIONES Y PROCEDIMIENTOS
SALIDAS DE EMERGENCIA
VIAS DE EVACUACION
VENTILACIONES
CONSECUENCIA POR EL CONSUMO DE CIGARRILLO , DROGAS Y ALCOHOL

A folio 501 el reporte del accidente que suscribe el empleador, suceso que ocurrió el 12 de septiembre de 2012, en la que se describe el accidente de trabajo: *“el trabajador se encontraba perforando en su frente de trabajo y es sorprendido por un desprendimiento de roca, le golpea la cadera ocasionándole fuerte dolor y herida.”*

Se aportaron dos documentos donde la empresa CAOL NORTH ENERGY le comunicó al trabajador los días 18 de abril y 11 de septiembre de 2017 las tareas que debía realizar por la reubicación según las recomendaciones médicas, escrito que fue aceptado y suscrito por el demandante (PDF. 0.1 Fls.59-62, 503 y 505).

A folio 487 del PDF 0.1., se aportó respuesta enviada por CAOL NORTH ENERGY S.A.S., hacia la ARL POSITIVA el 20 de junio de 2017, entregando la investigación del accidente de trabajo del 12 de septiembre de 2012, manifestando que no había sido enviado por cuanto inicialmente, el médico tratante no lo había calificado como accidente grave.

La descripción del accidente (fl.497) valorado por la ARL POSITIVA fue la siguiente:



En la investigación realizada por el comité COPASO (PDF 0.1 Fls. 489-494), se resalta: que el trabajador usaba al momento del accidente, botas de seguridad punta de acero, guantes, casco y lámpara de seguridad; en las causas básicas del trabajador: monotonía, exceso de confianza; causas inmediatas: no asegurar correctamente el área de trabajo, la evaluación deficiente, la carencia o inadecuado apuntalamiento; recomendaciones: *“...importante garantizar que ningún trabajador sin compañero de trabajo...recordar constantemente a los trabajadores en especial a los de explotación la obligación de instalar sostenimiento de los frentes de trabajo y de igual forma, vigilar por parte del supervisor el desempeño de cada trabajador y el incumplimiento de las funciones establecidos para cada cargo”*. Y el empleador se comprometió a *“realizar capacitación a los trabajadores sobre autocuidado y verificación del estado de los respaldos y, realizar una mayor supervisión y control en la ejecución de las tareas”*; Dicho documento fue firmado por el supervisor Jairo Cristancho, el coordinador PSO Maryori Arévalo Pacheco y dos trabajadores mineros Carmen Alirio Galavis y Ramón Eligio Paredes.

También se aportó: el Plan Marco Legal de Emergencias, el programa de inspección, (fls.347-455 PDF 0.1.), el programa de ventilación, adecuación del ductus, el manual de funciones de los cocheros, tolveros, carreteros; el

manual de modos operativos subterráneos, del picador y frentero en donde se especifican las funciones y la forma como se realiza la labor (PDF. 0.1 fls. 699-754).

Ahora, el MANUAL OPERATIVO DE SOSTENIMIENTO actualizado en abril de 2012 visto a folios 755-758, indica para la instalación del sostenimiento, que el trabajador deberá tener en cuenta entre otras cosas, lo siguiente: "...4. *Inspeccione el estado de sus elementos de protección personal: casco, lámpara de seguridad, guantes, botas de seguridad...si ellos presentan alguna condición insegura informese al coordinador.* 5. *Siempre queingrese verifique las condiciones del sostenimiento (techo, respaldos, el suelo-piso).* 6. *Si detecta rocas sueltas, fracturadas o de cualquier forma que indiquen posibles desprendimientos, procesa a desabombar dichas rocas o fragmentos utilizando una varilla metálica de mínimo 2 metros de longitud...*" De igual forma se aportó el programa de salud ocupacional 2012, el programa de control y sostenimiento de excavaciones subterráneas Mina Aurora 1, (PDF 0.1. fls.837-854).

Se constata que el actor aceptó y firmó la entrega de la dotación consistente en botas, guantes, lentes, tapa-oidos, respirador y casco (fl.865-867 PDF 0.1.).

En ese orden de ideas, y sin perjuicio que de las pruebas aportadas por las demandadas, se logra demostrar que el actor para la fecha de su vinculación laboral, recibió una inducción de 4 horas donde le informaron las funciones que debía ejecutar, y le fue entregado el reglamento interno de trabajo, los derechos y obligaciones del trabajador entre otros, recibiendo capacitación respecto a las medias de seguridad y las diferentes actividades de seguridad social en el trabajo, advierte la Sala, que la causa del accidente laboral se originó **por el desprendimiento de una roca**, se procederá a verificar si, la empresa COAL NORTH ENERGY S.A.S. en la realidad, realizó el debido control, seguimiento y supervisión del lugar de trabajo, brindando la debida capacitación sobre **el sostenimiento de rocas en caso de fracturas y desabombar las mismas**, que conlleva a verificar, si existían los elementos necesarios para el debido sostenimiento, ya que, la existencia de dichas grietas o fracturas, son circunstancias inevitables al interior de sitio de trabajo, por lo que, se acudirá a evaluar las declaraciones rendidas en audiencia.

El demandante en su interrogatorio de parte señalo bajo la gravedad de juramento que, su labor consistía en picar, repalear y taladrar carbón, perforándolos para explotarlos y tirarlos a los canales; explicó que las botadas son las maderas que se colocan para el sostenimiento y reforzar el techo en caso de grietas; relató que el día del accidente, se encontraba solo, estaba entrando la madera, subiéndola, trozándola con el serrucho, haciendo la plantilla, haciendo los acosos, para reforzar la botada porque había una fractura en la roca y se encontraba reforzando el techo; niega haber recibido órdenes del supervisor Jhon Cristancho para colocar la botada en el techo, pues asegura que fue todo lo contrario, éste le ordenó botar la producción o

tirlarla en los canales y después le dijo que debía perforar y a pesar de que le advirtió de la grieta en el techo y le dijo que perforaba al día siguiente, el jefe no lo dejó y le ordenó realizar la perforación, porque aseguró que lo único que le importaba era “la producción”, por lo que, dejó de realizar el reforzamiento y procedió a taladrar siguiendo órdenes expresas del administrador.

A la pregunta formulada por el apoderado judicial de COAL NORTH ENERGY SAS: *¿Por favor infórmenos si a usted se le había capacitado, se le habían dado charlas, reuniones, folletos, se le había capacitado, enseñado cómo se instalan esas botadas?* Respondió: - *No me dieron nada de eso.*

Aseguró que después de la incapacidad médica, el empleador lo reubicó, debía llenar un libro donde *“decía cuántos obreros entraban, si entraban alentados, si entraban con los cascos, con eso que ellos tenían y preguntarles si estaban enfermos, yo lo llenaba y ellos firmaban, los obreros, todos los obreros que había, después me puso a contar madera en la boca mina, cuánta madera había...”*.

La declaración de **José Alfredo García Caballero**, se descartará del debate probatorio, ya que la afirmación sobre la vinculación laboral del testigo para con la empresa demandada, no fue desvirtuada, quedando en firme la conclusión de no estar presente para la fecha del accidente de trabajo, ya que éste aseguró haberse incorporado a la empresa COAL NORTH ENERGY S.A.S. el 15 de septiembre de 2012 y el accidente aconteció el 12-09-12.

La señora Maryori Arévalo Pacheco declaró bajo la gravedad de juramento, que trabajo con la empresa COAL NORTH ENERGY S.A.S desde el mes de abril de 2012 hasta junio de 2016, que es ingeniera de minas; aseguro que el accidente fue causado por la factura de la roca y ausencia de sostenimiento, que no estuvo presente al momento del accidente porque realizaba labores en el departamento de recursos humanos.

Explicó que *“las labores en minería siempre y cuando el techo sea estable y lleve sostenimiento o esté fracturado pero lleve sostenimiento, no tiene por qué haber desprendimiento de roca, en el caso de que haya una fracturación o el techo esté en malas condiciones, se debe desabombar el techo, que es retirar el material que está suelto e inmediatamente proceder a la instalación, antes de los avances se debe llevar más o menos 1 m de distancia de lo que va de una labor a otra; pero en esta ocasión pues le puedo decir su señoría que eran labores de sondeo, esa mina como de explotación no estaba, era de sondeo de unas labores ya viejas que habían de un título anterior”*.

Afirmó que el demandante recibió la inducción de los riesgos inicialmente por parte de talento humano, y posteriormente en los centros de trabajo los administradores y el personal de SISO hace lo correspondiente a la parte técnica. Aseguró que a nadie se contrata si no tiene experiencia en minería, no se puede dar un frente de trabajo si no tiene conocimiento de eso, porque básicamente el riesgo es más latente y *el fin de la compañía pues nunca es contratar a alguien para que suceda algo inoportuno.*

Sostuvo que el estudio del macizo rocoso se hace previamente a la solicitud del título minero y no son competencia de los ingenieros de minas, los hace un geólogo, se hacen antes de solicitar el título minero, para hacer las etapas de minería como tal.

Aseveró que las *diaclasas se van a encontrar*, porque las rocas son materiales no uniformes, que están unidas unas con otras, *por tanto las grietas van a existir, para ello, se debe colocar el sostenimiento, a medida que aparece un fracturamiento, se coloca el sostenimiento más pegado, colocar uno a la mitad o reforzar con atizado, que son vendas dentro del techo; si el techo está muy abombado como se suele decir, o sea las diaclasas están forzadas y el techo suena o usted lo ve muy inestable, lo que tiene que hacerse es proceder a desabombar, que es arrancar esa parte de material que está expuesto y proceder a colocar la madera como tal.*

Señaló que, ante la existencia de fracturas en las rocas, el área se debe asegurar, que no se puede seguir una labor si se ve inseguro, se debe desabombar que es arrancar la parte de material expuesto, en el caso que esté muy fracturado pues colocar inmediatamente la palanca para poder hacer la labor.

Manifestó que cuando existen abombamiento puede desprenderse rocas, por lo que, su retiro se debe hacer a una distancia prudente, y esto se hace con unas varillas que se empieza a tocar el techo para ubicar la grieta, si está bastante abombado penetra la varilla y ella hace la presión para que ceda el techo suelto, pero se hace a más de 1 m de distancia, asegurado por un sostenimiento y después se hace la labor.

El señor Jairo Cristancho manifestó bajo la gravedad de juramento que, trabajó en la empresa COAL NORTH ENERGY S.A.S. desde abril de 2012, que era el administrador, que la empresa lo liquidó hasta julio de 2015 porque fue liquidada; señaló que la actividad de la mina consistía en hacer una recuperación, un mantenimiento, realizarle desabombe al carbón, o sea hacer un desanche en el carbón para poder realizar el sostenimiento; entonces los trabajadores cuando encuentran el material duro solicitan que se les apoye con material explosivo, para facilitarles más la labor y su rendimiento.

Relató que el día del accidente, realizaba el recorrido habitual de sus labores; que el tambor en el que estaba el señor Luis Alfonso Ortega Carrillo era el tambor 19 del subnivel 1 y a él se le había encomendado una tarea de desanche del tambor, prácticamente el tambor es la vía de acceso, se le había encomendado la tarea de desorillarlo, porque presentaba problemas de caída de material, se estaban haciendo en los mantenimientos de refuerzo y limpieza de los avances; que llegó a las 3:30 de la tarde y el señor Luis estaba recogiendo un carbón que había al picado para desorillar; pero ya no tenía mucho y casi estaba terminando el turno; afirma que el señor Luis le dijo que iba a perforar, pero que él le dijo que no perforara, hasta que no realizara

el sostenimiento, porque el techo se veía debilitado y si se estaba haciendo labores de sostenimiento, *no tiene por qué perforar antes de realizar sostenimiento.*

Aseveró que la principal labor a desarrollar, **era el sostenimiento**, porque las actividades son antiguas y existían grietas, el sostenimiento se hace para reforzar, para eso se contrató el personal, para evitar que las rocas se cayeran o las que estuvieran muy sueltas pues tumbarlas, desabombar, retirar el material y evitar accidentes.

Manifestó que al trabajador siempre se le recalca la seguridad al interior de la mina, que el día del accidente le recomendó y ordenó al trabajador, que realizara el sostenimiento, pero que éste hizo caso omiso se fue a buscar el taladro donde su compañero, y perforó por el afán de salir del turno. Sostuvo que el accidente fue causado porque el trabajador fue muy confiado, y esta es la primera fuente de accidentalidad; advirtió que de ningún modo esta culpando al trabajador del accidente, sino que, en su sentir, el accidente ocurrió porque el señor Luis se confió en que, a pesar de la existencia de la grieta, podía taladrar, es decir, confió que podía realizar la actividad, a pesar de que él le había dado la orden de realizar el reforzamiento y éste no la cumplió.

Afirmó que todo trabajador en el momento que se ingresa a la mina se le hace una inducción y periódicamente reinducciones, además, que el demandante hacia la misma labor y las botadas desde el mes de abril, ya tenía conocimiento de su labor, como se instalaban y de qué diámetro era la madera, que existe techo debilitado, que se debe disminuir la distancia entre uno y otro elemento de sostenimiento, todo eso se les recalca y se les explica en las charlas.

Sostuvo que el único trabajador que se encontraba a 10 metros de distancia del demandante en el momento del accidente fue el señor Alfredo Acuña Sampayo, quien le prestó el taladro y junto con él, lo socorrieron para llevarlo al hospital.

A la pregunta del apoderado de la parte demandante: *¿O sea ustedes no podían estar extrayendo carbón, ni los trabajadores no podían estar sacando carbón dentro del socavón porque no se podía?* Respondió: - *Pues extraer carbón como tal, producir, producir en volumen no, solamente hacer los respectivos desorilles y hacer los mantenimientos.*

La pregunta formulada por el apoderado judicial del demandante *¿El techo de la mina donde se presentó el accidente usted observó que había diaclasas?* Fue objetada por el apoderado judicial de COAL NORTH ENERGY S.A.S. al quedar claro que el mencionado concepto “DIACLASAS” nunca fue mencionado en la demanda, por lo que, reformuló la pregunta, cambiando la palabra **por fracturamiento en el techo de la mina**, a lo que respondió que, en caso de presentarse lo que se les recomienda todos los días a los trabajadores, es que instalen el sostenimiento en esa fractura, en

esa grieta que se ve, para evitar que el material se desprenda y que cause accidentes.

Dice que, en caso de grandes fracturas lo recomendable es tomar distancia prudente saliendo de la mina y retirarlo con una varilla, desabombar, y lo que se observan son grietas pequeñas que se le llama agrietamiento y esas son las que siempre se recomienda ponerle sostenimiento en la mina para minimizar el riesgo y evitar el accidente.

Afirmó que el señor Luis después del accidente nunca volvió a entrar en la mina, tampoco manejó explosivos porque éstos se arman al interior de la misma, que en la reubicación laboral la actividad consistía en registrar quien solicitaba los explosivos.

Valoración probatoria

En consideración a lo expuesto, es claro que la empresa demandada tenía conocimiento de la existencia de las grietas al interior de la mina, pues tal como lo asegura el señor Jhon Cristancho, la actividad principal ejecutada al interior de la mina consistía en realizar el sostenimiento y reforzamiento, declaración que concuerda con lo expresado por la ingeniera Maryori Arévalo quien aseguró que la actividad consistía en labores de sondeo porque era una mina vieja con título anterior.

De otro lado, de la declaración del actor se extrae que, para el día del accidente, se encontraba realizando el sostenimiento y reforzamiento del techo, esto es, tenía conocimiento de la ejecución de dicha actividad, al explicar detalladamente en que consistían las botadas, relató que eran las *maderas que se colocan para el sostenimiento y reforzar el techo en caso de grietas*; esto es, la demandada acreditó que en la realidad, sí realizó las capacitaciones a sus trabajadores y que éstos gozaban de previo conocimiento, de que al existir una grieta o fractura en el techo, indiscutiblemente debía realizar el sostenimiento, porque no podía taladrar en dichas condiciones; también se prueba que la empresa contaba con los elementos necesarios para la realización de dicho sostenimiento, esto son: las maderas, el serrucho, las cuerdas, las plantillas, los acoses, elementos que fueron mencionados por el actor; así mismo, éste contaba con los elementos de protección, pues a pesar de haberlo negado, se demostró que firmó la entrega de las botas, guantes, gatas, respirador, tapa oídos, lentes, suministro que la investigación de COPASO señaló que el actor tenía para el momento del accidente.

Ahora bien, al descartarse la declaración del señor de **José Alfredo García Caballero** allegado por la parte activa, demostrándose que dicho testigo para la fecha de ocurrencia del accidente, no se encontraba prestando sus servicios personales para la empresa demandada, advierte la Sala, que no existen dentro del plenario, elementos de juicio que convaliden o ratifiquen el dicho del demandante, respecto a que recibió órdenes concretas por parte de su supervisor de labores de taladrar sin realizar previamente el

fortalecimiento del techo, y de otro parte, la afirmación contenida en la demanda con relación a la omisión patronal sobre la supervisión de sus tareas, fue desvirtuada toda vez que las declaraciones atrás referenciadas son unánimes en señalar que para el día del accidente, el coordinador de la mina estaba presente, conociendo de antemano la existencia de la grieta en el techo de la mina y que los trabajadores sabían con antelación que dicha actividad era necesaria antes de realizar el taladro de la piedra.

Corolario a lo anterior, conforme a las pruebas allegadas, se demostró la existencia de un programa de capacitación, información, adecuación, direccionamiento, control y supervisión del reglamento de seguridad en labores subterráneas contenido en el Decreto 1335 de 1987, derogado por el hoy Decreto 1886 de 2015, pues a pesar de los múltiples riegos a los que están sujetos sus trabajadores, **entre ellos el derivado de derrumbes y caída de rocas en las minas donde se ejecuta tal actividad**, en este asunto, se demostró el cumplimiento de la obligación patronal en adoptar las medidas necesarias para asegurar que en el desarrollo de las labores subterráneas, se utilizaron los elementos, suministros y controles necesarios para la realización de la labor.

Así las cosas, al estar comprobado el cumplimiento de las obligaciones por parte del empleador y que existió negligencia o de exceso de confianza en el actuar del trabajador al cometer actos inseguros que conforme a las pruebas valoradas pudieron constituirse en causas inmediatas del infortunio, no puede predicarse responsabilidad alguna del empleador; existiendo también conocimiento previo por parte de los trabajadores de los posibles riesgos y la forma como debían actuar ante la existencia de grietas y la ejecución de la actividad de sostenimiento de la misma, concluyendo la Sala, que de los elementos aportados no se acredita una acción u omisión de la demandada COAL NORTH ENERGY S.A.S. en su calidad de empleadora que conllevaran a la ocurrencia del siniestro sufrido por el señor LUIS ALFONSO ORTEGA CARRILLO, especialmente al demostrar que cumplían con las medidas de prevención de riesgos en materia de sostenimiento de su explotación minera subterránea; siendo procedente confirmar la decisión de primera instancia que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra y declaró probadas las excepciones de mérito, dada la demostración con claridad de que no hubo responsabilidad del empleador según los términos expuestos en la demanda.

No se condenará en costas procesales por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta.

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: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día el día 04 de octubre de 2021, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por haber operado el grado jurisdiccional de consulta que opera de pleno derecho.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

(EN PERMISO)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de Diciembre de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2019-00066-01
RADICADO INTERNO:	19.749
DEMANDANTE:	LUZ MARINA GÓMEZ VARGAS
DEMANDADO:	PROTECCIÓN S.A. Y YEINA ANDREINA PABÓN GAMBOA

MAGISTRADA SUSTANCIADORA:
DR. NIDIAM BÉLEN QUINTERO GELVES

En término oportuno dentro del proceso ordinario seguido por LUZ MARINA GÓMEZ VARGAS contra el FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A. y OTRA, el apoderado judicial de la parte demandada PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida por esta Sala en el proceso de la referencia.

La Ley Procesal Laboral establece que la cuantía para la viabilidad del recurso de casación, debe ser superior a los ciento veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes, que para el año 2022 equivalía a \$1.000.000 y por ende el interés para casación asciende a \$ \$120.000.000.

A su vez la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el valor del interés para recurrir en casación de la parte demandante, no será otro que el valor de las pretensiones a ella negadas, y de la parte demandada que resulta condenada, no será otro que el valor de las resoluciones que económicamente lo perjudiquen.

En este caso, la sentencia de segunda instancia confirmó el fallo proferido el 21 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, quien condenó a la demandada a reconocer y pagar a la demandante el 100% de la pensión de sobrevivientes con ocasión a la muerte de su hijo PABLO JAIR VERA GOMEZ, fallecido el 12 de noviembre de 2011, fecha de causación del derecho, mesadas pensionales a partir del

27 noviembre de 2014 las no prescritas, 13 mesadas al año según A.L. 01 de 2005 artículo 1 párrafo 6 en conc. inciso 8, sobre la base del S.M.L.M.V., artículo 35 ley 100 de 1993 con indexación en los términos del artículo 14 ibidem, sin ser nunca inferior al S.M.L.M.V. conforme a lo considerado y siendo los valores de las mesadas los siguientes:

Año	Mesada	No. mesadas	Total
2014	\$ 616.000,00	1,2163*	\$ 749.240,80
2015	\$ 644.350,00	13	\$ 8.376.550,00
2016	\$ 689.455,00	13	\$ 8.962.915,00
2017	\$ 737.717,00	13	\$ 9.590.321,00
2018	\$ 781.242,00	13	\$ 10.156.146,00
2019	\$ 828.116,00	13	\$ 10.765.508,00
2020	\$ 877.803,00	13	\$ 11.411.439,00
2021	\$ 908.526,00	13	\$ 11.810.838,00
2022	\$ 1.000.000,00	8	\$ 8.000.000,00
			\$ 79.822.957,80

**Se liquida 1 mesada de diciembre, proporcional la adicional y de noviembre.*

No obstante lo anterior, tenemos que si bien la parte demandante se opone a la concesión del recurso, habida cuenta que en escrito remitido al correo electrónico de la Secretaría de esta Sala el 12 de octubre del presente año, en el que solo estimó el retroactivo, sin tener en cuenta la incidencia futura, razón por la cual se habrá de calcular la misma, para determinar si hay lugar o no a la concesión del recurso objeto de estudio.

Incidencia futura: Partiendo de la edad de LUZ MARINA GÓMEZ VARGAS, demandante, nacido el 24 de mayo de 1960; conforme a la expectativa de vida fijada en Resolución 1555 de 2010 por la Superintendencia Financiera, se advierte una expectativa de 25,3 años (303,6 meses), para una incidencia futura de al menos \$303.600.000.000.

Teniendo en cuenta que el valor de las condenas impuestas a la demandada A.F.P. PROTECCIÓN, superan el monto de los ciento veinte salarios mínimos que exige la ley procesal laboral para la viabilidad del recurso extraordinario de casación; por lo anterior la Sala concederá el recurso extraordinario de casación, a la parte recurrente.

la Sala concederá el recurso extraordinario de casación, a la parte recurrente.

Por lo expuesto la Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONCEDER el recurso extraordinario de Casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada **A.F.P. PROTECCIÓN**, contra la sentencia dictada por esta Sala de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente auto, remítase el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia, dejándose las debidas constancias de su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA

EN PERMISO
ELVER NARANJO
MAGISTRADO



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de diciembre de 2022



Secretario



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

Cúcuta, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2019-00235-00
RADICADO INTERNO:	19.793
DEMANDANTE:	OMAR DARÍO HERNÁNDEZ BAYONA
DEMANDADO:	CENS S.A. E.S.P.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA:
DR. NIDIAM BÉLEN QUINTERO GELVES

En término oportuno dentro del proceso ordinario seguido por OMAR DARÍO HERNÁNDEZ BAYONA contra CENS S.A. E.S.P., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2019-00235-00 y Radicación interna N° 19.793 de este Tribunal Superior, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida por esta Sala en el proceso de la referencia.

La Ley Procesal Laboral establece que la cuantía para la viabilidad del recurso de casación, debe ser superior a los ciento veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes, que para el año 2022 equivalía a \$1.000.000 y por ende el interés para casación asciende a \$120.000.000.

A su vez la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el valor del interés para recurrir en casación de la parte demandada las condenas a ella impuestas, y respecto de la parte demandante, como ocurre en el presente proceso, no será otro que el valor de las peticiones impetradas en el escrito inaugural del proceso y que a la postre, les fueron negadas con la sentencia recurrida.

En este caso, lo pretendido principalmente por el actor era que se declarara que la pensión de jubilación reconocida por la demandada en Resolución No. 531 de 1985 es compatible con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES, y se condenara al pago del retroactivo pensional por las mesadas dejadas de cancelar y sus intereses moratorios o en su defecto

indexadas, y a seguir reconociendo y pagando el valor de la pensión extra legal de jubilación.

Como se pretende la devolución de un retroactivo pensional y se persigue el pago de una pensión de carácter extralegal, en donde se debe tener en cuenta la probabilidad de vida y las mesadas que pueda devengar el beneficiario, por ser una obligación de tracto sucesivo que va a futuro, teniendo en cuenta la edad del actor, nacido el 24 de enero de 1937; conforme a la expectativa de vida fijada en Resolución 1555 de 2010 por la Superintendencia Financiera, se advierte una expectativa de 7,0 años (91 meses), considera la Sala que no se hace necesario efectuar ninguna otra liquidación.

Teniendo en cuenta que el valor de las pretensiones denegadas, superan el monto de los ciento veinte salarios mínimos que exige la ley procesal laboral para la viabilidad del recurso extraordinario de casación; por lo anterior la Sala concederá el recurso extraordinario de casación, a la parte recurrente.

Por lo expuesto la Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONCEDER ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el recurso extraordinario de Casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante **OMAR DARÍO HERNÁNDEZ BAYONA**, contra la sentencia dictada el día treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022), dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente auto, remítase el expediente a la mencionada Superioridad, dejándose las debidas constancias de su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA

**EN PERMISO
ELVER NARANJO
MAGISTRADO**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 30 de noviembre de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-004-2021-00098-01
PARTIDA TRIBUNAL: 19.663
JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: BLANCA SONIA PABÓN CHACÓN
DEMANDADO: SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. Y AFP PORVENIR S.A.
TEMA: RELIQUIDACIÓN P/ DE SOBREVIVIENTES-TASA DE REEMPLAZO-INCISO 4º ART. 48 LEY 100 DE 1993
ASUNTO: APELACIÓN DEMANDANTE.

MAGISTRADO PONENTE
DR JOSE ANDRÉS SERRANO MENDOZA

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

Procede la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, a resolver el recurso de alzada contra la sentencia de fecha **28 de enero de 2022** proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado interno No. 54-001-31-05-004-2021-00098-01 y Partida del Tribunal No. 19.663 promovido por la señora BLANCA SONIA PABÓN CHACÓN contra SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. y LA A.F.P. PORVENIR S.A.

I. ANTECEDENTES.

La demandante pretende que se declare error en la liquidación de la mesada pensional de sobrevivientes realizada por las demandadas, en consecuencia, se ordene a Seguros de Vida Alfa S.A. y a la A.F.P. PORVENIR S.A., a reliquidar la mesada pensional de sobrevivientes para el año 2021 por un valor de \$5.332.689 actualizada anualmente con base en la variación del IPC, certificado por el DANE. Al pago del retroactivo pensional, a la indexación de las sumas adeudadas, al reconocimiento de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales.

II. HECHOS.

El apoderado judicial de la demandante, fundamenta las pretensiones con base en los siguientes hechos: que mediante oficio de radicado 4202014026543700 del 14 de marzo de 2018, la demandada Seguros de Vida Alfa S.A., reconoció a la demandante la pensión de sobrevivientes con base en el contrato de renta vitalicia suscrito con PORVENIR, pagada desde el 21 de noviembre de 2017 con ocasión al fallecimiento de su cónyuge JULIO CESAR GALVIS (Q.E.P.D.). Que desde el 30 de abril de 2018 la mesada oscila en \$3.406.664. Alega que las demandadas no tuvieron en cuenta las cotizaciones aportadas por el causante en diferentes administradoras anteriores a la entrada de la vigencia del sistema, esto es, a las cajas de previsión municipales, toda vez que laboró desde el año 1989 hasta 1993 en el municipio de los Patios, Norte de

Santander. Que el valor del bono pensional correspondía a \$35.846.000 valor a la fecha de liquidación por el periodo de 1395 días a cargo de la entidad. Que PORVENIR mediante oficio 0106327018486300 comunicó la forma de liquidar la mesada, señalando que el causante cotizó un total de 425 semanas, por lo que, le correspondía el 45% del IBL el cual fue \$7.272.903 dando como resultado una mesada pensional de \$3.406.664 a la fecha de fallecimiento. Que el 7 de noviembre de 2019 Seguros de Vida Alfa S.A. informa que realizó en febrero de 2018 la liquidación con base en los arts. 21 y 48 de la Ley 100 de 1993, conforme a la información suministrada por la AFP PORVENIR con cotizaciones de 425,85 semanas, es decir, 2981 días.

Que teniendo la totalidad de los días cotizados y aportados por el causante y una vez reconocido y pagado el bono pensiona, se solicitó la reliquidación pensional a PORVENIR y ALFA, ya que las circunstancias que permiten realizar el cálculo del IBL cambiaron, petición que se radicó en PORVENIR con el No.01063227018486300 el 14 de noviembre de 2019 y enviado a través de servicio postal en guía 9107059545 recibido el 18 de noviembre de 2019.

Que se interpuso acción de tutela y el Juzgado Segundo de Familia de Oralidad de Cúcuta ordenó a Seguros Alfa responder la petición quien dio respuesta de ID 13470712 de fecha 05 de mayo de 2020, sin embargo, la demandante no está conforme con la liquidación realizada, al sostener que el IBL ascendía a \$7.272.903 según lo establecido en el art. 21 de la Ley 100 de 1993 y conforme a la actualización de la historia laboral, el causante cotizó un total de 1395 semanas.

Asegura que el causante cumplía los requisitos establecidos en el art. 48 de la Ley 100 de 1993 en los términos de la aplicación del régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, ya que efectuó aportes anteriores a la entrada en vigencia del sistema, esto es, cumplía con los requisitos establecidos en el concepto No. 1998030429-1, de agosto 31 de 1999, expedido por el Superintendente Delegado para Entidades Administradoras de Pensiones y Cesantía, que recalca que, en aplicación del régimen de favorabilidad, la tasa de reemplazo aplicable en este caso, es del 65% del IBL y no del 45%, por lo que, la mesada sería de \$4.727.387, adeudando las demandadas, la suma de (**\$ 71.774.265**), y la mesada para el 2021 sería de \$5.332.689 de conformidad con el IPC actualizado por el DANE.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA.

PORVENIR S.A. se opone a todas las pretensiones incoadas en su contra, manifestando que al haberse celebrado contrato de renta vitalicia con SEGUROS DE VIDA ALFA S.A, es a esa entidad aseguradora a quien le corresponde establecer el monto de la pensión y realizar la reliquidación solicitada. Que entre el demandante y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. se firmó un contrato de renta vitalicia el día 17/01/2018 y la nómina de la pensión quedó desde el 09 de marzo de 2018 a cargo de la Aseguradora SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.

Afirmó que PORVENIR S.A. actuó de buena fe y movido por el principio de confianza legítima en las instituciones, porque obro conforme a las normas vigentes, girando todos los recursos de la cuenta de ahorros individual y el bono pensional del causante JULIO CESAR GALVIS para la Aseguradora SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. teniendo de presente que la demandante firmo un contrato de renta vitalicia el día 17/01/2018 y

la nómina de la pensión quedó desde el 09 de marzo de 2018 a cargo de la Aseguradora SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.

Propuso como excepciones de fondo, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la falta de causa para pedir, la buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. se opuso a todas las pretensiones incoadas en su contra, afirmando que la reliquidación pretendida no resulta procedente, por no encontrarse fundamento fáctico o jurídico para ello, puesto que la liquidación efectuada al momento de reconocérsele la pensión a los beneficiarios del señor GALVIS goza de plena validez, al haber sido realizada conforme a la metodología señalada en la legislación laboral (artículos 48 y 21 de la Ley 100 de 1993) y en estricta observancia de las cotizaciones efectuadas por el afiliado a PORVENIR S.A. al momento de su fallecimiento.

Sostuvo que el inciso final del artículo 48 de la Ley 100 de 1993 NO establece un régimen de transición y únicamente tiene aplicación una condición más beneficiosa o de favorabilidad para aquellos eventos en que el fallecimiento se dio con anterioridad a la vigencia de la Ley 797 de 2003; lo cual ciertamente en el caso que nos ocupa no ocurre, ya que el fallecimiento del señor GALVIS ocurrió el 21 de noviembre de 2017.

Aseguró que, la presente acción se encuentra prescrita, en razón de que en relación a la fecha de presentación de la demanda (24 de marzo de 2021), transcurrieron más de 3 años desde la muerte del causante JULIO CESAR GALVIS (21 de noviembre de 2017), e incluso, este tiempo ya ha transcurrido también aún si se contara desde la fecha del reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora BLANCA SONIA PABÓN CHACÓN (14 de marzo de 2018), razón por la cual, a la fecha en que se radicó la demanda ya había prescrito la respectiva acción en los términos de los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) y del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo (CPTSS).

Propuso como excepciones de fondo, que a la parte demandante no le asiste el derecho al reajuste de las mesadas pensionales, por cuanto el monto de su pensión fue calculado conforme a los presupuestos señalados en la Ley. Que no debe darse aplicación del último inciso del artículo 48 de la Ley 100 de 1993 porque no resulta aplicable el principio de la condición más beneficiosa. La consolidación de la pensión de sobreviviente de los demandantes con ocasión del Contrato de Seguro de Renta Vitalicia. Inexistencia de la obligación, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la prescripción. La Póliza de Seguro de Renta Vitalicia Inmediata No. 97377 queda sin efectos ante un eventual reconocimiento de un reajuste en la liquidación de la pensión de sobrevivientes. La improcedencia del cobro de los intereses moratorios.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 28 de enero de 2022 resolvió:

“PRIMERO. - Declarar probada la excepción de mérito denominada FALTA DE CAUSA PARA PEDIR PROPUESTA POR PORVENIR S.A, SEGÚN SUS RAZONAMIENTOS, todo conforme a lo considerado.

SEGUNDO. - ABSOLVER a la pasiva SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., conforme a lo considerado.

TERCERO. - DECLARAR que hay respuesta ínsita sobre las excepciones propuestas por las pasivas conforme a lo considerado, precisamos el artículo 280 C.G.P.

CUARTO. - Condenar en costas a cargo del demandante y a favor de las pasivas PORVENIR S.A. Y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. con fundamento a los artículos 365-1 del CGP en conc. Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 artículo 5, se fijan las agencias en la suma de un (1) S.M.L.M.V, que asciende a un millón de pesos \$1.000.000 decreto 1724 de 2021 que compartirán por partes iguales las pasivas, se tendrán en cuenta para integrar al concepto de costas cuando se liquiden.

(...)"

El Juez A quo fundamentó la decisión anterior, considerando que, no es procedente dar aplicación del último inciso del art. 48 de la Ley 100 de 1993 para que la tasa de reemplazo de la pensión sobrevivientes de la cual goza la demandante, sea modificada de un 45% a un 65%, por cuanto la misma norma remite al Acuerdo 049 de 1990 y al Decreto Reglamentario 758 de 1990 arts. 25 y 6º, **que hace referencia a un sujeto “afiliado” y no pensionado, como es el caso del causante**, razón por la que, al no estar pensionado por vejez o invalidez se hace improcedente la pretensión; Luego entonces, las demandadas actuaron conforme a la normatividad aplicable vigente para la fecha en que falleció el afiliado.

V. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado judicial de la demandante, interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, solicitando sea revocada y se acceda a las pretensiones de la demanda, argumentando que, es claro que el artículo 73 de la ley 100 de 1993 al supeditar el monto y requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esto a lo dispuesto en los artículos 46 y 48 de la misma ley, permite entender que tales defectos sean aplicables en su integridad a dicho régimen sin efectuar distinción alguna al respecto y en esa medida, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 46 de la ley 100 de 1993 el artículo 48 permite elegir entre dos alternativas, esto para escoger el monto de la pensión de sobreviviente: la primera: es aplicar a los porcentajes indicados en el inciso segundo de dicho artículo y la segunda alternativa, aplicar un porcentaje del 65% del IBL, esto condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos en el ISS, esto es, los de densidad y número de cotizaciones señalados en el literal b del artículo sexto, del decreto 758 de 1990, es decir, deben cumplirse y se cumplieron de forma simultánea los requisitos del artículo 46 de la ley 100 y los requisitos del régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, así lo estima Porvenir al momento de reconocer la pensión de sobreviviente a favor de la demandante, y los requisitos de literal b del artículo sexto del decreto 758 de 1990 se cumplieron a cabalidad. Pues si el artículo 25 de este decreto sostiene que cuando a la fecha del fallecimiento, esto es, el 21 de noviembre del 2017 el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez y por riesgo común, o sea, cuando a la fecha del fallecimiento, 21 de noviembre del 2017 y este número de

densidad de semanas no son otros que los haber cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte 150 semanas dentro de los seis años anteriores al estado in validez o 300 semanas en cualquier en cualquier época. En consecuencia, al momento del fallecimiento del señor Julio Cesar Galvis este contaba con 425 semanas más 199.5 semanas cotizadas a las cajas de previsión municipal por los períodos laborados entre 1989 y 1993 antes de la entrada en vigencia del sistema, es decir, unas 625 semanas cotizadas.

Considera entonces, que resulta evidente que el señor Julio César Galvis (q.e.p.d.) antes de la fecha de su fallecimiento reunió con creces el número y densidad de cotizaciones, siéndole exigida solamente 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del estado de invalidez o 300 semanas en cualquier época, y este reunió 625 semanas al momento de su muerte siéndole entonces aplicable la tasa de reemplazo del 65% del IBL de que trata el inciso final del artículo 48 de la ley de 1993 por cumplir la condición allí establecía de forma simultánea con los requisitos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Trajo a colación lo señalado por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral de radicado número SL7142 de 2015 que colige que el artículo 48 de la ley 100 de 1993 establece la posibilidad de optar por un monto pensional más elevado que el que puede obtener en condiciones normales. Pero para ello se requiere que la pensión se cause con arreglo la normativa vigente y, además, que se cumplan simultáneamente con los requisitos de la norma anterior y los de la referida ley. Pero, debe entenderse que esta va dirigida a quienes ya tienen debidamente causado el derecho con arreglo a la normativa vigente, pues es necesario insistir, la disposición simplemente regula el monto de la prestación sin establecer condiciones para la acusación de la misma. Esto es que, la norma contempla la posibilidad de superar el monto de la pensión en algunas condiciones en las que se cumplen simultáneamente los requisitos de la norma anterior y los de la ley 100 de 1993. Pero no una pensión de sobrevivientes diferente.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

El apoderado judicial de la parte activa ratifica lo dicho en el recurso de apelación, alegando que las demandadas reconocen la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante en el 2018 pagando el retroactivo pensional desde el fallecimiento de su cónyuge, sin embargo, para la liquidación respectiva, no tuvieron en cuenta el tiempo aportado con las cajas de previsión municipal del causante, quien laboró desde el año 1989 hasta 1993 en el municipio de los Patios, Norte de Santander, periodos que aportan a la historia laboral del causante, el total de 1395 días (199,25 semanas), y no las 425,85 semanas indicadas en la liquidación inicial, sino 625 semanas al momento de su fallecimiento, razones por las cuales, cumple a cabalidad con lo previsto en el inciso final del art. 48 de la Ley 100 de 1993 y los requisitos establecidos en el ISS, existentes antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, refiriéndose a la densidad y número de cotizaciones señalados en el literal b) del artículo 6º del Decreto 758 de 1990, estos son, b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez, los cuales se evidencian cumplidos, en el sentido de que, *JULIO CESAR GALVIS (Q.E.P.D)* efectuó aportes anteriores a la entrada en vigencia del

sistema y al momento de su fallecimiento había cumplido con creces los requisitos indicados.

Lo anterior, ha sido ratificado por el Superintendente delegado para Entidades Administradoras de Pensiones y Cesantía, mediante concepto No. 1998030429-1 del 31 de agosto 1999 “a) *Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y...*”.

El apoderado judicial de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., solicita que la sentencia de primera instancia sea confirmada, ratificando los argumentos de su defensa, considerando acertados los fundamentos sostenidos por el Juez A quo y alegando respecto a la pretensión de la activa, que no tiene asidero jurídico, por cuanto sostiene que solamente por el hecho de que en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 se mencione la posibilidad de dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990 en lo concerniente a la tasa de reemplazo del 65% sobre el IBL, esta tasa de reemplazo aplica en todos los casos y de manera ilimitada, desconociendo la interpretación que le ha dado la jurisprudencia y lo determinado por el mismo artículo en cuanto a que ello procede “*siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto*”. Esto se refiere, entre otras condiciones, a que se cumplan los parámetros temporales establecidos, los cuales no se cumplen en el proceso de la referencia ya que el causante falleció en el año 2017, mientras que la Ley es del 29 de enero 2003 y otorga un término hasta de tres años, es decir, aplica para los fallecidos hasta el 29 de enero de 2006.

Aseguró que, al tener en cuenta lo laborado por el causante entre 1989 y 1993 el IBL no debe variar, a pesar de que, como fue explicado en el marco del proceso, al ser más días laborados, y teniendo en cuenta que el periodo en el que el causante trabajó entre 1989 y 1993 percibió salarios muy bajos, evidentemente el IBL se vio afectado al adelantar el promedio de 10 años.

Por último, reiteró las excepciones de fondo propuestas en la contestación de la demanda.

Cumplido el término para presentar alegatos guardó silencio, razón por la que, procederá la Sala a resolver el conflicto conforme a las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

La Sala asume la competencia para decidir el recurso de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001 y lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003, por cuya razón serán considerados, además, los supuestos de hecho deprecados en la demanda relativos a esos derechos mínimos e irrenunciables.

Conforme a los argumentos tenidos en cuenta por el Juez A quo y los fundamentos del recurrente, el objeto de la Litis en el presente asunto se reduce a resolver el siguiente

problema jurídico: Determinar si la demandante Blanca Sonia Pabón Chacón en calidad de cónyuge superviviente del señor Julio Cesar Galvis (q.e.p.d.), tiene derecho a la reliquidación de la mesada pensional de sobrevivientes respecto a la tasa de reemplazo prevista en el inciso 4º del art. 48 de la Ley 100 de 1993, en caso positivo, determinar cuál de las entidades demandadas, debe reconocer las diferencias adeudadas y si es procedente al pago de los intereses moratorios y/o indexación.

El Juez A quo decidió absolver a las demandadas, argumentando que no era procedente dar aplicación al inciso 4º del art. 48 de la Ley 100 de 1993, en su sentir, el causante tenía la condición de afiliado y la disposición sólo aplica para los pensionados por vejez o invalidez.

El apoderado judicial insiste que la mencionada norma le resulta aplicable al caso, ya que el causante aportó al sistema pensional mas de 300 semanas anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la que, la tasa de reemplazo debía ser modificada de una 45% a un 65%, desde el fallecimiento del afiliado.

Respecto del monto de la pensión de sobreviviente **el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 estipula:**

“ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba. El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.

No obstante, lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto”.

Ahora, teniendo en cuenta la providencia traída a colación por el recurrente, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL7142 del 03 de junio de 2015 M.P. Doctor Rigoberto Echeverri Bueno, esta Sala considera que, si bien es cierto, el conflicto suscitado en dicha sentencia no es análogo al presente, por cuanto se discutía la aplicación de la norma transcrita como una presunta transición entre la Ley 797 de 2003 y el Acuerdo 049 de 1990, se hace preciso indicar, que lo indicado en la misma respecto al inciso 4º del art.48 de la Ley 100 de 1993, es relevante en la jurisprudencia y ha sido reiterado en constantes pronunciamientos conforme a los siguientes aspectos:

“(…)

Y ello es así, porque, entre otras cosas, como lo sostuvo el tribunal, el artículo 48 de la ley 100 de 1993 simplemente regula los montos de las pensiones de sobrevivientes, en tratándose de afiliados o pensionados, así como la posibilidad especial de optar por un monto pensional equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, más elevado que el que se pudiera obtener en condiciones normales, pero, debe entenderse, dirigida a quienes ya tienen debidamente causado ese derecho con arreglo a la normatividad vigente, pues, es necesario insistir, la disposición simplemente regula el monto de la prestación sin establecer condiciones

para la causación de la misma. esto es que, la norma contempla la posibilidad de superar el monto de la pensión en algunas condiciones en las que se cumplen simultáneamente los requisitos de la norma anterior y los de la ley 100 de 1993, pero no una pensión de sobrevivientes diferente.

Lo contrario implicaría reconocer la existencia expresa de un régimen de transición en materia de pensiones de sobrevivientes que no puede derivarse del contexto integral y sistemático de la ley 100 de 1993 y de sus modificaciones, así como de la jurisprudencia inveterada de esta corporación, pues, se repite, el querer del legislador siempre se ha orientado a circunscribir la causación de tal prestación a partir y con fundamento en las normas vigentes en el momento de la muerte”.

Lo anterior, fue reiterado en las sentencias SL3933 del 25 de agosto de 2021 Rad. No. 76279, SL2078 del 11 de mayo de 2022 Rad. No. 89736 M.P. Doctor Fernando Castillo, AL 924/2019, SL1750/2019 y por las Salas de Descongestión SL4897 del 26 de octubre de 2021 Rad. No. 79584 y SL5221 del 27 de noviembre de 2019 Rad. No.69647 esta última que explicó detalladamente la disposición de la siguiente manera:

“De suerte que, el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 únicamente fija los montos de la prestación, otorgando la posibilidad a los beneficiarios del afiliado, de superar la tasa de reemplazo que en condiciones normales se aplicaría, siempre que se cumplan paralelamente los requisitos de la citada Ley 100 y del Acuerdo 049 de 1990, según lo consagra la norma al señalar que el monto sería el «equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley» (Subraya la Sala), es decir, se deben acreditar los requisitos de cada uno de los regímenes en el lapso en que estuvieron en vigor.

Ahora, al revisar el alcance que el colegiado le imprimió a dicha disposición, se observa que le dio el que corresponde a la intelección establecida y prohijada por esta Sala, pues el inciso final del artículo 48 de la Ley 100 de 1993 establece que para liquidar el monto de la prestación de sobrevivientes con una tasa de reemplazo superior a la que corresponde al sistema general de pensiones, se requiere lo siguiente: **i) que la pensión se cause con la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado; y ii) que el causante hubiese dejado acreditados los requisitos del régimen anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, los del Acuerdo 049 de 1990, entendiéndose que lo es dentro de su vigencia, exigencias que en estricto rigor trae la disposición en comento, para optar por una tasa de reemplazo del 65% sobre el IBL.**

Entonces, para la determinación del monto de la pensión de sobrevivientes en los términos establecidos en el inciso 4 del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, se requiere, además de la causación del derecho conforme lo prevén las leyes 100 de 1993 o 797 de 2003, según el caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990, esto es, 150 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de la muerte o 300 en cualquier tiempo, eso sí, con anterioridad al 1° de abril de 1994.

En consecuencia, la Sala no observa que el Tribunal haya incurrido en el yerro interpretativo endilgado por la censura, habida cuenta que la intelección dada al inciso 4 del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, es la que corresponde, puesto que esta disposición refiere única y exclusivamente al monto de la pensión de sobrevivientes, eso sí, siempre y cuando la prestación se haya causado conforme a los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la primigenia Ley 100 de 1993 o bajo las condiciones de los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, atendiendo la fecha de fallecimiento del afiliado, pero en momento alguno prevé la posibilidad del

reconocimiento de la pensión conforme las previsiones generales establecidas en el Decreto 758 de 1990.

En otras palabras, el cálculo del monto de la pensión de sobrevivientes en los términos establecidos en el inciso 4 del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, solo es viable, en la medida que la causación de la prestación se materialice con el cumplimiento de los requisitos y condiciones consagrados, bien en los términos de la Ley 100 original, ora en los de la modificación hecha con la Ley 797 de 2003. Además, es presupuesto *sine qua non* para la determinación del monto en la forma que pregona la disposición en comento **que el causante haya cotizado las semanas establecidas en los artículos 6 y 25 del Decreto 758 de 1990, durante su vigencia, esto es, antes del 1º de abril de 1994.**

Así las cosas, partiendo del supuesto incontrovertido que el causante, Julio Cesar Galvis (q.e.p.d.), cotizó 50 semanas en los tres años anteriores al fallecimiento, hecho acaecido el 21 de noviembre de 2017 (Fl.24 PDF 10.) y que la demandante en su calidad de cónyuge supérstite consolidó el derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos previstos en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, se procederá a verificar conforme a las pruebas documentales aportadas, si le son aplicables las disposiciones previstas en el inciso 4º del Art. 48 de la Ley 100 de 1993 en aras de aumentar la tasa de reemplazo de un 45% al 65% con la que fue liquidada la mesada pensional, reiterando, que las partes están conformes con el IBL calculado el cual fue \$7.272.903.

A folios 56-59 del PDF 10, la demandante aportó el oficio No.4206014026543700 fechado el 14 de marzo de 2018 donde la A.F.P. PORVENIR S.A. le informó que la pensión de sobrevivientes había sido APROBADA, que al contratarse la modalidad de RENTA VITALICIA INMEDIATA prevista en el art. 80 de la Ley 100 de 1993, que Porvenir pagaría el RETROACTIVO PENSIONAL desde el 21 de noviembre de 2017 hasta el 30 de marzo de 2018 en la suma de \$17.747.446 y la Compañía de Seguros Alfa S.A. asumiría lo correspondiente a la mesada pensional \$3.406.664 mensual desde el mes de abril de 2018, con el descuento del 12% en aportes a EPS, arrojando un valor neto de \$2.997.864.

Según constancia vista a folios 81-82 del PDF 10 expedida por la Alcaldía del Municipio de los Patios, la demandante solicitó el 04 de octubre de 2019, certificación laboral del causante, por el tiempo prestado a dicho ente territorial durante el 02 de enero de 1989 hasta el 26 de enero de 1993, constatándose con la certificación electrónica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público No.201910800044113000510002, de la siguiente forma:

Fecha de inicio	Fecha Final	Tiempos	Cargo	Entidad
02-01-1989	21-05-1991	LABORAL PÚBLICO	Jefe de planeación	Municipio de los Patios
16-08-1991	01-06-1992	LABORAL PÚBLICO	Jefe de planeación	Municipio de los Patios
07-06-1992	26-01-1993	LABORAL PÚBLICO	Coordinador	Municipio de los Patios

El 23 de octubre de 2019 la señora Blanca Sonia Pabón Chacón solicitó ante la AFP PORVENIR S.A., actualizar la historia laboral válida para la expedición del Bono pensional del causante; en iguales condiciones, ante Seguros de Vida Alfa el 24 de octubre de 2019 (fls.87-88 PDF 10).

El 28 de noviembre de 2019 (fls. 93-95 PDF.10), PORVENIR S.A. contestó la petición anterior, informando la forma en que liquidó la mesada pensional, para la cual, mencionó que el IBL promedio en los últimos 10 años de salarios cotizados o el tiempo inferior a la fecha de reconocimiento fue de **\$7.272.903** y, que conforme a los arts. 40 y 48 de la Ley 100 de 1993, al haber cotizado el causante un total de 425 semanas, le correspondía el **45%** del IBL, para un total de **\$3.406.664.**, razón por la que, consideró que la mesada pensional se encontraba correctamente liquidada y no era procedente acceder a la petición; así mismo, sostuvo que no le Administradora no le adeuda ningún valor por concepto de mesadas pensionales, y que de acuerdo con la modalidad de pensión de renta vitalicia, la nómina de la pensión quedó desde el 09 de marzo de 2018 a cargo de la Compañía Seguros de Vida Alfa S.A.

La Aseguradora Seguros de Vida Alfa S.A., en escrito fechado el 07 de noviembre de 2019 confirmó la liquidación de la mesada pensional dada por PORVENIR S.A., resaltó que, la A.F.P. PORVENIR, es la entidad encargada de dar el detalle de los periodos cotizados mes a mes, dado que es quien administró la cuenta individual del causante, y que sobre esa información se está pagando la prestación. Por último, manifestó que, realizaría un análisis de los periodos adicionales adjuntados con el Municipio de los Patios, y si es procedente, sería reliquidada la mesada pensional. (PDF. 10 fls.96-98).

La demandante nuevamente el 18 de noviembre de 2019 solicita la reliquidación de la mesada pensional ante la Aseguradora Seguros de Vida Alfa S.A., alegando que según concepto No.1998030423-1 del 21 de agosto de 1999, expedido por el Superintendente delegado para Entidades Administradoras de Pensiones y Cesantías, la tasa de reemplazo es del 65% y no del 45%, razones por las cuales, la primera mesada para el año 2017 debía ser de \$4.727.387, para el año 2018 de \$4.884.809 y 2019 \$5.073.363, adeudándole la suma de \$38.165.197 conforme a las diferencias dejadas de pagar (fls.101-104 PDF.10), con iguales argumentos presentó la petición ante PORVENIR S.A. el 19 de noviembre de 2019 (PDF. 10 fls.107-110).

A través de orden judicial del juez constitucional, la Aseguradora Seguros de Vida Alfa S.A., el 05 de mayo de 2020 dio respuesta a la petición anterior, manifestando que había realizado la reliquidación de la mesada pensional teniendo en cuenta la inclusión de 1034 días de historia laboral y un bono por valor de \$35.846.000, asegurando que la mesada no varió y tampoco aumento, conforme a la siguiente tabla.

Sobrevivencia	
IBL	\$7.272.903
Días Total de Cotización	2981
Semanas	426
% de base	45
% Pensión	41
Mesada Pensional	\$3.272.806

Dice que tuvo en cuenta el IPC para 2017 que fue del 4,09% arrojando el valor de la mesada pensional en \$3.406.664. Así mismo, que, debido al incremento en el número de semanas, por la inclusión de la información de bono e historia laboral, no hay lugar al aumento de mesada pensional, pues la variación del IBL fue inferior, y mantuvo el valor de la mesada.

Caso en concreto.

En consideración a lo expuesto y siguiendo lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ analizada en precedencia, en este asunto ni el Juez A quo ni las entidades demandadas, estudiaron a fondo la solicitud presentada por la demandante, esto es, que se diera aplicación al inciso 4º del artículo 48 de la Ley 100 de 1993 para aumentar la tasa de reemplazo de la liquidación de la mesada pensional a un 65%.

Entonces, al revisar el caudal probatorio allegado, el primer presupuesto se cumplió a cabalidad, esto es, la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes conforme lo prevé el art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que, se deberá analizar si el causante cumplió el segundo requisito, esto es, si reunió las semanas de cotización exigidas por los arts. 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990: **150 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de la muerte o 300 en cualquier tiempo, eso sí, con anterioridad al 1º de abril de 1994.**

“Art. 6º. Requisitos para la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

a) (...)

b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, vejez y muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trecientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.

(...)

Art. 25. Pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

a) Cuando a la fecha de fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y...”

En este sentido, se demostró y las partes así lo aceptan, que el señor Julio Cesar Galvis (q.e.p.d.), prestó sus servicios para el Municipio de los Patios durante **1376 días**, en 3 periodos: **(1)** desde el 2 de enero de 1989 hasta el 21 mayo de 1991 (860 días), **(2)** desde el 16 de agosto de 1991 hasta el 1 de junio de 1992 (286 días) y **(3)** desde el 7 de junio de 1992 hasta el 26 de enero de 1993 (230 días). Es decir, laboró 196.57 semanas anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993, cuyo bono pensional fue pagado a la A.F.P. PORVENIR S.A según lo manifestó en instancia administrativa y lo ratificó en la contestación de la demanda.

Conforme con lo probado, en este asunto el causante dejó cumplidos los presupuestos exigidos para que el monto pensional de sobrevivientes, se determinara con fundamento en el inciso 4º del art. 48 de la Ley 100 de 1993, es decir, reunió mas de 150 semanas de cotización anteriores al 1º de abril de 1994, por lo que, el recurso de apelación prospera, siendo procedente acceder a la reliquidación de la mesada pensional a favor de la señora Blanca Sonia Pabón Chacón en calidad de cónyuge supérstite del señor Julio Cesar Galvis (q.e.p.d.), con un IBL \$7.272.903 y **una tasa de reemplazo del 65%**, arrojando un valor inicial de \$4.727.386,95 a partir del 21 de

noviembre de 2017.

Así las cosas, se tiene que, a la demandante le adeudan las siguientes sumas:

AÑO	IPC MESADA SUPERIOR SALARIO MINIMO	Mesada Pagada 2017 -45% IBL	Mesada Real 2017-65% IBL	EXCEDENTE	MESADAS ANUALES	DEUDA
2017	4,09%	\$ 3.272.806,00	\$4.727.608.95	\$ 1.454.802,95	2,3	\$ 3.346.046,79
2018	3,18%	\$ 3.406.663,77	\$ 4.920.968,15	\$ 1.514.304,38	13	\$ 19.685.957,00
2019	3,80%	\$ 3.514.995,67	\$ 5.077.454,94	\$ 1.562.459,26	13	\$ 20.311.970,43
2020	1,61%	\$ 3.648.565,51	\$ 5.270.398,22	\$ 1.621.832,72	13	\$ 21.083.825,31
2021	5,62%	\$ 3.707.307,41	\$ 5.355.251,64	\$ 1.647.944,22	13	\$ 21.423.274,90
2022		\$ 3.915.658,08	\$ 5.656.216,78	\$ 1.740.558,70	12	\$ 20.886.704,38
						\$ 106.737.778,80

Realizado el aludido cálculo, advierte la Sala que por concepto de reliquidación pensional a la demandante se le adeuda la suma de **\$106.737.778,80**, desde el 21 de noviembre de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2022 valor que deberá ser indexado a la fecha del pago total, ya que no proceden los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, al tenerse que, la decisión del conflicto se dio en aplicación al precedente jurisprudencial analizado en precedencia.

Igualmente, no prospera la excepción de prescripción propuesta ya que, la solicitud de reliquidación por parte de la demandante fue presentada ante las demandadas el 23 y 24 de octubre de 2019 (fls.87-88 PDF 10) y PORVENIR S.A. contestó el 28 de noviembre de 2019 y la Aseguradora Seguros de Vida Alfa S.A.S. respondió de fondo a la solicitud hasta el 5 de mayo de 2020 (fls. 93-95 PDF.10), y la demanda fue interpuesta el 23 de marzo de 2021 (PDF.03).

Por otra parte, se resolverá a que aseguradora demandada le corresponderá el pago de la deuda, para lo cual, de cara a la normatividad legal y conforme a la modalidad de pago seleccionada por la beneficiaria, el pago de la pensión de sobrevivencia causada ante el deceso del señor Julio Cesar Galvis, le compete a la ASEGURADORA SEGUROS DE VIDA SEGUROS S.A., habida cuenta que el contrato de renta vitalicia inmediata es **de carácter irrevocable**, como lo preceptúa el artículo 80 de la Ley 100 de 1993: *“La renta vitalicia inmediata, es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho. Dichas rentas y pensiones deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante y no pueden ser contratadas por valores inferiores a la pensión mínima vigente del momento”*.

Así lo ha decantado la Sala de Descongestión Laboral No. 4 de la Corte Suprema de Justicia, en SL1779 de 2019, radicación 60921:

“La Renta vitalicia inmediata. El artículo 80 de la Ley 100 de 1993 establece que «[...] el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho».

De esta forma, pueden señalarse algunas características propias de esta modalidad de pensión, como son:

- a. Es un contrato celebrado entre el afiliado y una compañía de seguros.

- b. El contrato se perfecciona con la entrega del capital pensional a la aseguradora.
- c. El precio del contrato equivale al capital de la cuenta pensional que tenga el afiliado.
- d. El valor del contrato de renta vitalicia, no puede ser inferior a la pensión mínima, es decir, el 110% del salario mínimo actualizado con el IPC.
- e. El contrato es irrevocable.

Del texto de la norma, se deduce que esta modalidad de pensión es simultáneamente aplicable tanto a las pensiones de vejez, invalidez, como a la de sobrevivientes, **ya que se deberá pagar la prestación, a partir del momento en que se presenta el riesgo amparado hasta que existan beneficiarios con derechos.**

Ahora bien, si no se contara con beneficiarios de ley, a diferencia del retiro programado, bajo esta modalidad de pensión no se puede transmitir a sus herederos ningún capital pensional. La explicación a esto, es que dicho capital, ya fue transferido a la aseguradora para celebrar el contrato de renta vitalicia.

Bajo estos parámetros y teniendo en cuenta la póliza de seguro renta vitalicia inmediata No.97377 suscrita entre la demandante y Seguros de Vida Alfa S.A., vista a folio 67 del PDF. 15, ésta última queda comprometida a pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la beneficiaria, además, por cuando la aseguradora ha recibido el capital pensional por parte de la AFP PORVENIR S.A., lo que indica que, el problema jurídico quedará resuelto a favor de la demandante, esto es, se REVOCARÁ parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 28 de enero de 2022, en los ORDINALES SEGUNDO Y TERCERO, en su lugar, SE DECLARARÁ que la demandante Blanca Sonia Pabón Chacón en calidad de cónyuge supérstite del señor Julio Cesar Galvis (q.e.p.d.), tiene derecho a la reliquidación de la mesada pensional de sobrevivientes, respecto a la tasa de reemplazo prevista en el inciso 4º del art. 48 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, SE CONDENARÁ a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. a reconocer y pagar la suma de \$106.737.778,80, correspondiente a los excedentes adeudados desde el 21 de noviembre de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2022 fecha en que se profiere esta providencia, valor que deberá ser indexado a la fecha del pago total, teniendo en cuenta que la mesada pensional para el 2022 corresponde a la suma mensual de \$5.656.216,78.

Así mismo se DECLARARAN no probadas las excepciones de fondo propuestas por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A, y se AUTORIZARÁ a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. para que realice la respectiva deducción del excedente ordenado, del pago correspondiente a la EPS en la que se encuentra afiliada Blanca Sonia Pabón Chacón, absolviéndose a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. del pago de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Se CONDENARÁ en costas procesales de segunda instancia a cargo de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A, por haberle prosperado el recurso de alzada a la demandante según lo previsto en el art. 365 del CGP, fijando como agencias en derecho la suma de \$400.000 a cargo de esta demandada y a favor de la actora.

Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada.

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:

REVOCAR parcialmente la sentencia apelada en ORDINALES SEGUNDO Y TERCERO, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 28 de enero de 2022, en su lugar:

PRIMERO: DECLARAR que la demandante Blanca Sonia Pabón Chacón en calidad de cónyuge supérstite del señor Julio Cesar Galvis (q.e.p.d.), tiene derecho a la reliquidación de la mesada pensional de sobrevivientes, respecto a la tasa de reemplazo prevista en el inciso 4º del art. 48 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.

TERCERO: CONDENAR a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. a reconocer y pagar a favor de la demandante Blanca Sonia Pabón Chacón, la suma de \$106.737.778,80, correspondiente a los excedentes adeudados desde el 21 de noviembre de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2022 fecha en que se profiere esta providencia, valor que deberá ser indexado a la fecha del pago total, teniendo en cuenta que la mesada pensional para el 2022 corresponde a la suma mensual de \$5.656.216,78.

CUARTO: AUTORIZAR a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. para que realice la respectiva deducción del excedente ordenado, del pago correspondiente a la EPS en la que se encuentra afiliada Blanca Sonia Pabón Chacón.

QUINTO: ABSOLVER a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. del pago de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993.

SEXTO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a cargo de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A, por haberle prosperado el recurso de alzada a la demandante según lo previsto en el art. 365 del CGP, y fijar como agencias en derecho la suma de \$400.000 a cargo de esta demandada y a favor de la actora.

SEPTIMO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

(EN PERMISO)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Nidia Belén Quintero G.

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de Diciembre de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2021-00173-00
RADICADO INTERNO:	20.051 acumulado al 19.792
DEMANDANTE:	ANA YAMILE OSORIO
DEMANDADO:	PORVENIR S.A.

Magistrada ponente:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión Laboral dentro del proceso ordinario laboral promovido por ANA YAMILE OSORIO contra PORVENIR S.A., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2021-00173-00, y Radicación interna N° 20.051 acumulado a la partida 19.792 de este Tribunal Superior, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante en contra del auto del 17 de agosto de 2022, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por medio del cual se negó la nulidad propuesta por la parte demandada y de ser el caso, por economía procesal, proceder a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta contra la sentencia del 28 de marzo de 2022.

1. ANTECEDENTES

La señora ANA YAMILE OSORIO, por medio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra PORVENIR S.. para que se le reconociera como beneficiaria de la pensión de sobreviviente derivada del fallecimiento de su hijo ELKIN JAVIER ALBARRACÍN OSORIO, a partir del 26 de abril de 2013 con el respectivo retroactivo pensional e intereses moratorios.

Como fundamentos fácticos refiere que el señor ELKIN JAVIER ALBARRACÍN se encontraba afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad con la A.F.P. PORVENIR; falleciendo por un evento común el 26 de abril de 2013 manteniendo más de 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al evento. Que el causante vivía con su señora madre, ANA YAMILE OSORIO, siendo quien proveía de sus necesidades básicas, alimentación y vestido, dado que por su avanzada edad no puede realizar labores.

La A.F.P. PORVENIR contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones por considerar que no se demuestra la dependencia económica de la madre reclamante, lo que resulta requisito *sine quanon* para acceder a la prestación; señala que los hechos deben ser probados por la parte interesada, alegando que acorde a una verificación se puede observar que la actora es afiliada por el régimen contributivo a NUEVA E.P.S. desde 2008 y aparece vigente por lo que debe tener ingresos propios, así mismo en el portal de ASOFONDOS registra afiliación como pensionada en otro régimen, resaltando que la demanda se propone 8 años después del fallecimiento. Propone como excepciones INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADA.

En audiencia del 28 de marzo de 2022, se dejó constancia de la ausencia de la parte demandante y su apoderado, no evidenciando excusa alguna en el expediente o correo electrónico, adelantándose las etapas de conciliación, excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio, decreto y práctica de pruebas, alegaciones y sentencia que resultó desfavorable a las pretensiones; por lo que se remitió el proceso para que surta grado jurisdiccional de consulta.

Recibido el expediente, se admitió la consulta en auto del 10 de mayo de 2022 pero con posterioridad en correo electrónico del 18 de mayo de 2022, el apoderado de la parte actora interpone solicitud de nulidad procesal por el numeral 3 del artículo 133 del C.G.P., indebida representación, alegando lo siguiente:

- Que el 28 de marzo de 2022 a las 9:15 a.m., se inició la primera audiencia de trámite citada en auto del 27 de enero de 2022, providencia donde se advirtió que si era posible se adelantaría también la de trámite y juzgamiento.
- Que el día de la audiencia fue contactado por el secretario del despacho por llamada telefónica, donde le informó que estaba enfermo y en camino a urgencias, quedando consignado este reporte por el empleado respectivo; por lo que no era posible realizar la audiencia ante la inasistencia justificada del apoderado de la demandante, quien no asistió y tampoco sus testigos, dado que es el encargado de coordinar su conexión virtual. Resaltando que es una violación al debido proceso que se adelante la audiencia sin la práctica de pruebas para expedir sentencias inhibitorias o absolutorias por estas situaciones.
- Que además de su enfermedad, se encontraba en licencia laboral por luto, derivado de la muerte de su madre el 21 de marzo de 2022 y el último día hábil de esta vencia el 28 de marzo; lo que evidencia que no estaba mentalmente apto para preparar esa audiencia.
- Que el 28 de marzo de 2022 asistió a la IPS SURA de urgencias, donde le diagnosticaron el padecimiento por el que estaba pasando desde horas de la madrugada con desmayos y por el cual se le indicó sufría una enfermedad viral no especificada, otorgando 2 días de incapacidad y ordenando la prueba de COVID-19, que resultó positiva.
- Que por lo anterior, se configuró la causal de interrupción o suspensión procesal que hacía imposible adelantar la actuación sin que la misma se considere nula acorde al numeral 3° del artículo 133 del C.G.P.

Mediante providencia del 3 de junio de 2022, se dispuso devolver el expediente al Juzgado de primera instancia para que resolviera la nulidad invocada contra las actuaciones adelantadas allí.

2. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL AUTO IMPUGNADO

2.1. Identificación del Tema de Decisión.

La Sala se pronuncia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, en contra del auto del 17 de agosto de 2022, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por medio del cual se resolvió:

PRIMERO: RECHAZAR DE PLANO la solicitud de nulidad propuesta por la parte actora, o en su defecto tendría que negarse la nulidad propuesta, conforme a lo considerado.

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez a quo, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- Que la parte demandada aunque no especifica contra que actuación o providencia específica interpone la nulidad, está legitimada para elevar la solicitud como afectado y se propone fundada en el numeral 3° del artículo 133 del C.G.P., sin especificar la causal de interrupción o suspensión específica pues el artículo 159 del C.G.P. aplicable por analogía consagra 3 eventos y no se alega una en concreto, aunque considera que la más ajustada es la segunda acorde a los hechos propuestos, que sería la enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes.

- Que respecto de la alegada licencia por luto sobre la muerte de la madre del apoderado, esta no prospera en la medida que no se corresponde con las causales de interrupción o suspensión y en todo caso, esta licencia consagrada en el numeral 10 del artículo 57 del C.S.T. no es procedente pues el apoderado no es un trabajador, no resultándole aplicable esa normativa. Por ende, pese a la situación, el hecho ocurrió una semana antes de la audiencia y el apoderado podía sustituir el poder en un colega para representar los intereses de la demandante, ni tampoco aportó el registro civil de defunción antes de la celebración de la audiencia para conocimiento del despacho.

- Que el artículo 11 de la Ley 1149 de 2007 indica que la audiencia inicial se hace con o sin la presencia de abogados, igualmente se puede avanzar en la misma hacia el trámite y juzgamiento.

- Que sobre la enfermedad, advierte que no se dejó constancia alguna de comunicación con el abogado como se alega, sino que simplemente informó que está enfermo y se procedió a revisar el correo sin que constaran solicitudes previas, por lo que no aportó prueba siquiera sumaria al respecto.

- Que la norma solo consagra la posibilidad de la parte para excusar su inasistencia, sin perjuicio de que el despacho ante eventos demostrables acceda a peticiones previas y justificadas; pero en este caso nada se aportó, indicando que los anexos constan de una incapacidad expedida a las 8:47 a.m., es decir media hora antes de la audiencia y no se envió oportunamente al despacho. Igualmente la audiencia fue programada desde el 27 de enero de 2022, por lo que los apoderados estaban advertidos de sus deberes y la necesidad de que asistieran con sus testigos.

3. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Que si bien efectivamente el apoderado no es empleador, como trabajador independiente está cobijado por el C.S.T. que regula los derechos y obligaciones de los trabajadores; no entendiendo la postura del despacho para garantizar los derechos fundamentales de la señora OSORIO, quien es la principal afectada por la no práctica de pruebas.

- Que se alega tuvo 5 días para presentar el registro de defunción, pero se olvida que este trámite no es inmediato y una vez lo tuvo aportó el mismo para sustentar su inasistencia; considerando que no resulta humano la

exigencia de estos trámites en un breve lapso de tiempo, desconociendo el dolor que lo llevó a desconectarse de toda actividad profesional para estar al mismo tiempo pendiente de links, sustituciones o reemplazos.

- Que era imposible remitir la incapacidad a la hora en que aparece impresa, pues esta solo se entrega al finalizar el sistema la atención médica con la respectiva historia clínica, verificando que el examen realizado fue al medio día.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

- **Parte demandante:** El apoderado de la parte actora advierte que reitera lo indicado al *a quo* en torno a su derecho al luto, pues durante la audiencia celebrada se encontraba afligido por la pérdida de su señora madre y esta situación ha sido inclusive reconocida por la COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL en un proceso análogo; por lo que considera que mal haría la Sala en no declarar la nulidad para garantizar los derechos fundamentales de su mandante.

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

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

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

¿Resultaba procedente declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso ordinario por suscitarse la causal de adelantar trámite después de configurada la interrupción del artículo 159 del C.G.P. por enfermedad del apoderado demandante?

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo en cuenta los antecedentes, es preciso concluir que la providencia apelada es susceptible de este recurso, según lo dispuesto en el numeral 6° 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*”.

Así las cosas, el eje central del litigio radica en determinar si es procedente declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso ordinario por suscitarse la causal del numeral 3° del artículo 133 del C.G.P. sobre adelantar trámite después de configurada la interrupción del artículo 159 del C.G.P. por enfermedad del apoderado demandante y licencia por luto.

El juez de primera instancia resolvió negar la nulidad propuesta por encontrar que la causal invocada no se suscita por algo equivalente a la licencia por luto y que tampoco se demostró debidamente la enfermedad que interrumpa el proceso, ni que se hubiera informado en la oportunidad debida al Juzgado; a lo que se opone el apelante, por estimar que se desconoce el derecho fundamental al debido proceso de la parte demandante, exigiendo de manera desproporcionada una actividad que niega la humanidad de la situación padecida.

Procede entonces la Sala a establecer si asistió razón al juez *a quo* al negar la nulidad de lo actuado en audiencia del 28 de marzo de 2022; para lo cual se recuerda que las causales de nulidad previstas en materia procesal fueron instituidas por el legislador para corregir las irregularidades ocurridas dentro del proceso a fin de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de

las partes, las cuales adquieren el carácter de taxativas en la medida que no es posible declarar como nulidad cualquier anomalía que no esté prevista en la ley, concretamente en el artículo 133 del C.G.P.

Dentro de los requisitos estatuidos por el legislador para alegar la nulidad se consagra en el inciso segundo del artículo 135 del C.G.P. que la parte que la alega deberá expresar su interés para proponerla, la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, aspectos que el Juez debe analizar al momento de presentarse la correspondiente solicitud de nulidad; además, se debe resaltar que la solicitud de nulidad fue la primera actuación formalmente presentada por el abogado.

La parte solicitante consideró que se incurrió la causal identificada así:

“Artículo 133. Causales de nulidad. *El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:*

3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida. (...)”

Para el presente asunto, el apoderado de la parte actora señala, que no pudo asistir a la audiencia del 28 de marzo de 2022 por dos razones: se encontraba en licencia de luto por el fallecimiento de su madre el 21 de marzo de 2022 y que cobijaba esa fecha; y que ese día 28 de marzo padeció un quebranto de salud que le impidió asistir con su representada y testigos, aportando la incapacidad expedida por 2 días por diagnóstico de INFECCIÓN VIRAL NO ESPECIFICADA, con anexo de prueba de COVID-19 realizada horas posteriores.

Al respecto, la causal de interrupción aplicable sería la del numeral segundo del artículo 159 del C.G.P. que dice: “*El proceso o la actuación posterior a la sentencia se interrumpirá: 2. Por muerte, **enfermedad grave** o privación de la libertad **del apoderado judicial de alguna de las partes**, o por inhabilidad, exclusión o suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado. Cuando la parte tenga varios apoderados para el mismo proceso, la interrupción solo se producirá si el motivo afecta a todos los apoderados constituidos.*”

Acorde al inciso final de dicha norma, la causal de interrupción alegada por el interesado, efectivamente surte efectos o bien a partir del hecho que la origina (esto es la enfermedad grave del apoderado del demandante) como de la notificación de la providencia que se pronuncie luego de este hecho y tiene como consecuencia que mientras dure la interrupción no podrían ejecutarse actos procesales ni correrán términos.

En aras de establecer si se configura la nulidad planteada, una primera consideración es que la normativa solo consagra la “enfermedad grave” como evento determinador de la interrupción; lo que impide valorar los alcances y efectos de la licencia de luto por muerte de la madre del abogado. Siendo del caso resaltar, que esta clase de valoraciones y determinaciones no implican una ausencia de humanidad o consideración por las diferentes situaciones que pueden presentarse para los apoderados y las partes, pues precisamente el Código de procedimiento contempla los mecanismos para elevar solicitudes tendientes a suspender, reprogramar y corregir inasistencias justificadas. Sin embargo, las mismas no son ilimitadas y absolutas, pues contienen límites temporales y exigencias probatorias a la que deben sujetarse las partes, cuya finalidad es garantizar el principio de preclusividad, seguridad jurídica y buena fe procesal.

Respecto de las pruebas de la enfermedad grave, encuentra la Sala que sí está demostrado a partir de la incapacidad que para el 28 y 29 de marzo de

2022, el abogado QUIÑONEZ RAMÍREZ sufría un cuadro clínico viral que luego se confirmó derivado de COVID-19; por el cual estaba físicamente limitado para asistir a la diligencia programada para ese día y por el cual, advierte la Sala que está demostrada la justificación, que pese a no aportarse inmediatamente o antes de la audiencia, la norma indica que dicha interrupción es automática respecto del hecho generador y las actuaciones adelantadas deben ser nulitadas, para garantizar el debido proceso.

Ahora bien, esta Sala debe recordar que la causal invocada es susceptible de saneamiento por expresa disposición del artículo 136 del C.G.P., cuyo numeral tercero señala:

*“La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos:
3. Cuando se origine en la interrupción o suspensión del proceso y no se alegue dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que haya cesado la causa.”*

De esta manera, se advierte que la incapacidad concedida fue del 28 y 29 de marzo de 2022; por lo que el interesado debía proponerla en los 5 días hábiles siguientes a que cesó la causal de interrupción (30 de marzo al 5 de abril de 2022) y aunque en memorial del 31 de marzo de 2022, se aportaron las pruebas que justificaban la inasistencia, dicho documento no plantea solicitud alguna para ser resuelta. De allí que el proceso se enviara a segunda instancia, y solo se propusiera la nulidad en correo electrónico del 18 de mayo de 2022, cuando ya había operado el saneamiento por estricta disposición legal.

En consecuencia, es del caso negar la solicitud de nulidad planteada, por lo que se confirmará la decisión de primera instancia pero por las razones expuestas anteriormente; siendo del caso proceder entonces a resolver el grado jurisdiccional de consulta sobre la sentencia dictada en primera instancia.

7. DE LA SENTENCIA EN CONSULTA

7.1 Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 28 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones a la parte demandante, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: DECLARAR que hay decisión ínsita, respecto a las excepciones de mérito propuesta por la pasiva PORVENIR S.A., conforme a lo considerado.

TERCERO: CONDENAR en costas a cargo de la parte demandante y a favor de PORVENIR S.A.”

7.2 Fundamento de la Decisión.

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

- Que el litigio gira en torno a determinar si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo ELKIN JAVIER ALBARRACÍN alegando su dependencia económica, para establecer si tiene derecho al retroactivo e intereses moratorios correspondientes.

- Señala que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, consagra los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes sin que exista discusión sobre el cumplimiento de la densidad de semanas sino sobre la calidad de beneficiaria de la actora, como madre del afiliado de quien la norma exigía inicialmente demostrar una dependencia absoluta pero la Sentencia C-111 de 2006 moduló la misma con exequibilidad condicionada a que no se exigía a tal grado la dependencia, pues bastaba con demostrar la necesidad del auxilio recibido por el causante y que resulte imprescindible el aporte para la subsistencia de los padres, de manera que estos sean autosuficientes.

- Resalta también que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado como criterios para verificar la dependencia que los aportes sean periódicos, proporcionales frente a sus necesidades y su impacto en el nivel de vida.

- Siguiendo estos lineamientos, en este proceso no se evidenció ese apoyo de carácter imprescindible que entregaba el hijo a la madre; por el contrario lo que logró demostrar PORVENIR es que el sistema de ASOFONDOS reporta a la actora como beneficiaria de una pensión en otro régimen y por ello se evidencia también su afiliación por el régimen contributivo al sistema de salud. No se demostró tampoco la calidad de hijo al no aportarse registro civil de nacimiento y menos el fundamento principal que es la dependencia económica.

8. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

9. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:** El apoderado de la parte actora solicita que en caso de no acceder a la nulidad, se deberían practicar las pruebas para garantizar los derechos de la demandante.

- **PARTE DEMANDADA:** No presentó alegatos.

10. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

11. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si la señora ANA YAMILE OSORIO tiene derecho a que la A.F.P. PORVENIR S.A., les reconozca y pague la pensión de sobrevivientes como consecuencia del fallecimiento de su hijo ELKIN JAVIER ALBARRACÍN OSORIO?

7. CONSIDERACIONES

En el presente caso, la señora ANA YAMILE OSORIO, solicita que la AFP PORVENIR S.A le reconozca y pague la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento de su hijo ELKIN JAVIER ALBARRACÍN OSORIO, el 26 de abril de 2013, para condenar al pago de las mesadas causadas desde la fecha en cita hasta el pago efectivo de la mesada con sus respectivos intereses de mora.

El juez *a quo*, concluyó, que con fundamento en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, norma que regula la situación jurídica discutida y sentencias de la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que si bien el causante tenía la densidad de semanas para dejar causada la pensión a sus beneficiarios, en este caso, la demandante no aportó prueba sobre la calidad de madre alegada y en todo caso tampoco acreditó el requisito de dependencia económica. Conclusiones que serán objeto del presente Grado Jurisdiccional de Consulta en favor del demandante.

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

De otra parte, el artículo 74 de esa norma establece como beneficiarios, “*a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este*”; de allí que el objeto de la controversia se circunscriba a verificar si está acreditada la dependencia económica de los actora respecto de su hijo fallecido.

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

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

“Así, la dependencia económica tiene como rasgo fundamental el hecho de que, una vez fallecido el causante y, por lo mismo, extinguida la relación de contribución económica hacia el presunto beneficiario, la solvencia de éste último se ve amenazada en importante nivel, de

manera que pone en riesgo sus condiciones dignas de vida. Esto es, una persona es dependiente cuando no cuenta con grados suficientes de autonomía económica y su nivel de vida digna y decorosa está subordinada a los recursos provenientes del que fallece.”

De manera más reciente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3164 – 2021, indicó en cuanto a la subordinación económica de los padres respecto de su hijo fallecido: *“que no tiene que ser total y absoluta, por lo que la existencia de otros ingresos, rentas o recursos propios no conllevan, por sí solos, una total autonomía financiera por parte de los presuntos beneficiarios, pues, como ya se ha reiterado por esta corporación, no es necesario que se acredite un estado de mendicidad o indigencia para acceder así a la pensión de sobrevivientes. Sin embargo, esta Sala también ha enseñado que lo anterior no implica que cualquier contribución o estipendio que se le otorgue a los familiares pueda ser decisivo para acceder al derecho pensional:*

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

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala advierte a la luz de las pruebas obrantes al expediente, que resulta acertada la decisión del juez *a quo*, en cuanto no halló acreditada siquiera el parentesco de maternidad por cuanto la parte interesada dejó de aportar el registro civil de nacimiento de ELKIN ALBARRACÍN, que es el documento idóneo para certificar la calidad de madre que alega ANA YAMILE OSORIO; sin perjuicio de lo cual, pese a tener 96 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al fallecimiento, ninguna prueba se aportó o practicó para evidenciar la dependencia económica de la madre respecto de su hijo fallecido, lo que es el presupuesto esencial para hacerlos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes reclamada.

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

Adicionalmente, la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral, tiene adoctrinado que la carga de la prueba de la dependencia económica, **«corresponde a los padres-demandantes y, al demandado, el deber de desvirtuar esa sujeción material mediante el aporte de los medios de convicción que acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas»** (CSJ SL6390-2016, rad. 48064) y recientemente en providencia SL5420 de 2021 se resaltó que *“no es necesario acreditar «el monto del dinero aportado» por el causante (...) por la razón de que ese requisito no se encuentra previsto en la ley, de modo que no podría exigirse a los demandantes el cumplimiento de cargas adicionales o ajenas a las contempladas en la legislación, que, en este caso, se concretan en la carga de demostrar la dependencia económica, para lo cual existe plena libertad probatoria en favor de la parte actora, por una parte, y libertad de apreciación de las pruebas en favor del juez, por otra.”*

Concluye la Sala, que la actividad probatoria encabezada por la parte demandante fue deficiente inclusive desde la aportación documental anexa con la demanda, donde se omitió el registro civil de nacimiento para acreditar el parentesco indispensable para acceder a las pretensiones y por lo cual es improcedente decretar pruebas en segunda instancia para demostrar la dependencia económica como reclama en los alegatos de conclusión.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 28 de marzo de 2022; sin lugar a costas por surtir el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR el auto proferido el 17 de agosto de 2022 y la sentencia dictada en audiencia del 28 de marzo de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, pero por las razones explicadas.

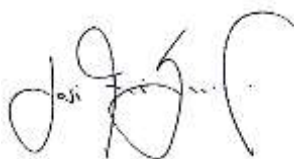
Segundo: SIN COSTAS en segunda instancia.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

(En permiso)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 1 de diciembre 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:54001-31-05-004-2021-00372-00

Partida Tribunal: 19948

Demandante: MARIA MERCEDES GOMEZ BLANCO

Demandada(o): COLPENSIONES, PORVENIR Y PROTECCIÓN

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta (30) de noviembre 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 Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 21 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54001-31-05-004-2021-00372-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19948 promovido por la señora MARIA MERCEDES GOMEZ BLANCO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES S.A., PORVENIR 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 MARIA MERCEDES GOMEZ BLANCO 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 y la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales,

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

II. HECHOS

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

1. Indicó que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el día 01 de febrero de 1995.
2. Que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación a DAVIVIR hoy fondo de pensiones PROTECCIÓN, el día 01 de marzo de 1998.
3. Que posteriormente la demandante realiza un traslado Inter fondos dentro del RAIS de PROTECCIÓN a HORIZONTE hoy PORVENIR, y finalmente regresa a PROTECCIÓN, que esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad.
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 de la demanda, argumentando en el entendido que la demandante se afilió voluntariamente al régimen de ahorro individual, encontrándose incurso en lo establecido por el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse.

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

SEGURIDAD SOCIAL, SUGERIR UN JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN, NO PROCEDE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA Y/O NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, EN LOS CASOS EN QUE LA PARTE DEMANDANTE SE TRATE DE UNA PERSONA QUE YA SE ENCUENTRE PENSIONADA EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL EN CUALQUIERA DE SUS MODALIDADES Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** indicó que se opone a las pretensiones de la demanda, ya que el día 9 de enero de 1998, la señora MARÍA MERCEDES GÓMEZ BLANCO, solicitó de manera libre y voluntaria la afiliación a la AFP Protección S.A., vinculación en la cual no obra constancia de situación anómala o constreñimiento, que respecto a la intención del demandante de solicitar la anulación de la afiliación señaló que al no existir fundamentos fácticos ni jurídicos que fundamenten la pretensión no hay lugar a dicha reclamación.

Así mismo, indicó que no se evidencia que exista ningún tipo de vicio de consentimiento, como error, dolo o fuerza que invalide la afiliación de la actor y por ende devenga la nulidad de la vinculación.

Resaltó, que la demandante realizó traslado horizontal dentro del régimen de ahorro individual a la AFP HORIZONTE hoy PROVENIR S.A. el día 24 de octubre de 2000, hecho que convalida la intención de permanecer vinculado al mismo, pues teniendo aún la posibilidad de retornar en esos momentos a COLPENSIONES no lo hizo y que en el año 2002 retorna a PROTECCIÓN S.A., en donde nuevamente se le explicaron las características y condiciones de cara régimen pensional, las implicaciones de su traslado y en general todo lo atinente en tema de seguridad social.

Que por lo anterior, es claro que la demandante recibió información detallada, clara, precisa y concisa sobre las ventajas y desventajas de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Presentó excepciones de mérito denominadas DECLARACIÓN DE MANERA LIBRE Y ESPONTÁNEA DE LA DEMANDANTE AL MOMENTO DE LA AFILIACIÓN A LA AFP, BUENA FE POR PARTE DE AFP PROTECCIÓN S.A., INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, INEXISTENCIA DE PERJUICIOS, PRESCRIPCIÓN y EXCEPCIÓN GENÉRICA.

Por último, **PORVENIR S.A.** indicó que se opone a las pretensiones incoadas por la demandante, por cuanto el traslado de régimen RPM al RAIS, se realizó conforme a derecho y no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y de acceder a las suplicas de la demanda sería como

que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial.

Como 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 CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 21 de junio del 2022, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante MARIA MERCEDES GOMEZ BLANCO, c.c. 60.337.001, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A, fecha 01-03- 1998, CONFORME A LO CONSIDERADO.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo pensional PROTECCION S.A., (determinante del traslado), ENTIDAD donde se encuentran hoy los recursos aportados por la parte demandante, INCLUSO AL SURTIRSE TRASLADOS INTERFONDOS PRIVADOS, 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 posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales, señalamos para el efecto (artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993), precisando que son de cargo del fondo pensional PROTECCION S.A, la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a la demandante por los conceptos precitados desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos EN SU TOTALIDAD a COLPENSIONES S.A, 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 afiliada al régimen de prima media con prestación definida, (AFILIACIÓN FICTA), administrado en su momento por el extinto I.S.S., o la entidad de seguridad social de la época, y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

CUARTO: Declarar no probada la excepción de prescripción por la pasiva y sobre las demás propuestas hay declaración ínsita conforme a lo considerado.

QUINTO: Declarar la buena 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 PROTECCION 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 a PROTECCION S.A., a que los descuentos hechos siendo el determinante del traslado tienen que devolverlos COMPLETOS E indexados a la fecha de cumplimiento de la sentencia.

OCTAVO: CONDENAR en costas a la parte pasiva PROTECCION S.A, y a favor de la demandante, se fijan las agencias en \$ 2 millones de pesos, que son 2 s.m.l.m.v decreto 1724 de 2021, a cargo PORVENIR S.A., 1 S.M.L.M.V. ASCIENDE A \$ 1.000.000, sin agencias frente a COLPENSIONES S.A., todo conforme a lo considerado. Fundamento legal, artículo 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO del consejo superior de la judicatura sala administrativa PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA. Las agencias fijadas se tendrán en cuenta en su momento procesal oportuno para liquidar las costas. NOVENO.-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 PRIMERO: *DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades 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, se vislumbró únicamente 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 DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Reitero los alegatos de conclusión frente a la ineficacia del traslado de régimen.

Así mismo, no compartió el fallo en lo relacionado a que se debe devolver la totalidad de los descuentos realizados por el fondo; esto, dado que consideró que se ordena la retribución de todos los rendimientos que produjo esos aportes pensionales cuando estuvieron en Porvenir, pero se niega el derecho a Porvenir de descontar los gastos de administración, y a su vez, de también reconocer sumas como las primas que se pagaron para los seguros de invalidez, vejez y muerte, lo que, a su juicio, es un absurdo porque se incurre en una injusticia de parte del sistema judicial debido que además de llevarse el rendimiento, no se reconocen los gastos en los que incurrió el fondo, siendo claro el Código Civil cuando habla de las restituciones mutuas en los casos como el siguiente, en su artículo 964 inciso final dice: “En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”.

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

PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES S.A.

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 capacitada para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen.

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

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, los cuales 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 MARIA MERCEDES GOMEZ BLANCO en el año 1998 al régimen de ahorro individual con solidaridad ING hoy PROTECCIÓN S.A.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para las AFP PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES entidad a la que se encontraba afiliada con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.
4. Por último, se revisará la inconformidad 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 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 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 PROTECCIÓN S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento de la señora MARIA MERCEDES GOMEZ BLANCO para realizar el cambio advertido.

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

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

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

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 *“por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones”* impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y

pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro que el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 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 MARIA MERCEDES GOMEZ BLANCO afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PROTECCIÓN S.A., lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que la demandante MARIA MERCEDES GOMEZ BLANCO estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde febrero de 1995, hasta que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación al fondo de pensiones DAVIVIR hoy PROTECCIÓN suscribiendo formato de traslado N.º 0332405 de fecha 09 de enero de 1998; que se traslada del fondo de pensiones PROTECCIÓN a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A mediante formato N°1125194 de fecha 24 de octubre de 2000; devolviéndose al fondo en el cual está vinculado en la actualidad, PROTECCIÓN S.A.

Luego entonces, de las pruebas arrojadas al proceso se observa en formato N.º 0332405 de fecha 09 de enero de 1998 aportado en la demanda e historias laborales de la demandante aportadas en las contestaciones de la demanda, que el traslado de régimen que hiciere inicialmente la demandante de COLPENSIONES a PROTECCIÓN S.A., se suscribió y materializó en enero de 1998.

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 de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PROTECCIÓN S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar

que, en este caso en particular, suministró a la demandante MARIA MERCEDES GOMEZ BLANCO la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

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

Reiterándose que, le correspondía al dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, a la demandante MARIA MERCEDES GOMEZ BLANCO 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 de la actora, 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 de la afiliada, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PROTECCIÓN S.A., y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual 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 de la demandante MARIA MERCEDES GOMEZ BLANCO 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 la suscripción del formulario por la demandante en el mes de enero de 1998, 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 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...”

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia el fondo privado PROTECCIÓN S.A. de este a AFP PORVENIR S.A. y este último nuevamente a 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.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

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

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

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

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, ha señalado que los elementos consustanciales de la pensión no prescriben, como es el caso, del factor porcentual de la mesada, el salario, los límites

temporales del IBL y la indexación, por lo que, la afiliación y cualquier acto derivado de la misma en el sistema pensional, a pesar que no sea un factor cuantitativo del derecho, necesariamente deben calificarse como elementos esenciales de status pensional, porque recuérdese que de la validez jurídica de esos actos deriva no solo el régimen a aplicar al pensionado, sino también a cual la entidad administradora de fondos de pensiones le compete el reconocimiento y pago de una prestación económica.

En suma, al tener la afiliación y sus actos subsiguientes, una estrecha relación con el derecho pensional, valga decir, por ser inherentes al mismo, resulta viable formular los reparos correspondientes en cualquier tiempo, al punto que, si se pensara de forma contraria, ni 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 avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, materia de inconformidad por las entidades demandadas debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio, 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 PORVENIR, S.A 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 la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 21 de junio de 2022.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, 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 las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A., y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

EN PERMISO
ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de Diciembre 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: 54-001-31-05-004-2021-00373-00

Partida Tribunal: 19925

Demandante: MAURA LUCIA BRAVO MARIÑO

Demandada(o): COLPENSIONES Y PORVENIR

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta (30) de noviembre 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 Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 13 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-004-2021-00373-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19925 promovido por la señora MAURA LUCIA BRAVO MARIÑO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A. y el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR.

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 MAURA LUCIA BRAVO MARIÑO 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 CESANTIAS 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 reconozca 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 28 de febrero de 1971, 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 2028.
2. Que se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida el día 01 de febrero de 1995, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a PORVENIR el día 01 de mayo de 2006.
3. Que elevó Derecho de Petición al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A el día 10 de junio de 2021, solicitando la nulidad del traslado de régimen.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

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

Señaló que el art. 1746 del CC que contiene los efectos de la declaración de nulidad, donde se expresa que la declaratoria de nulidad da derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; y en el caso de las restituciones mutuas que hayan de hacerse, “será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses o los frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes..”.

Que se debe tener en cuenta la sentencia SU- 062/2010 donde se expresa que cuando se ordena el traslado de regímenes, debe existir equivalencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte

legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media y de existir diferencia debe ser asumida por el afiliado, no por la AFP.

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

Por su parte, **COLPENSIONES, S.A.**, dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones principales, subsidiarias y subsidiaria N°2 inmediatamente anterior de la demanda, en el entendido que por parte de COLPENSIONES no se tuvo ninguna intervención al momento de brindar información a la 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, ya que en este momento tenía otras expectativas.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO POR FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA SU RECLAMACIÓN, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES EN 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, INNOMINADA O GENÉRICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en audiencia de fecha 13 de junio del 2022, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante MAURA LUCIA BRAVO MARIÑO, C.C. 52.027.644, 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 01-05-2006, 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 lo 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, señalamos para el efecto (artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993).

TERCERO. - DECLARAR que la demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., por las razones expuestas.

CUARTO. - Declarar no probada la excepción de prescripción propuestas por las 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 a PORVENIR S.A., a que los descuentos hechos siendo el determinante del traslado tienen que devolverlos indexados a la fecha de cumplimiento de la sentencia.

OCTAVO. - CONDENAR en costas a la parte pasiva PORVENIR S.A, y a favor de la demandante, se fijan las agencias en \$ 2 millones de pesos, que corresponden a 2 s.m.l.m.v. decreto 1724 de 2021, a cargo PORVENIR S.A, sin agencias frente a COLPENSIONES S.A., todo conforme a lo considerado. 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.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, ninguna prueba 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 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.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que no es posible aceptar el traslado del demandante PABLO ANTONIO AFANADOR teniendo en cuenta lo establecido del art. 2 de la Ley 797 del 2003, el cual modificó el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993.

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 es suficiente para el otorgamiento de las pensiones, por lo que se genera un desbalance dentro de Colpensiones.

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

Por último, se reiteró la excepción de prescripción formulada en la contestación de la demanda.

PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que se encuentra inconforme con la decisión y solicita que sea revocada en su integridad.

Frente a la ineficacia, reitera totalmente lo expresado en los alegatos.

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

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

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

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

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, los cuales 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 la señora MAURA LUCIA BRAVO

MARIÑO a PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.

2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliada con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.
4. Por último, se revisará la 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 el demandante como por las entidades demandadas, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario.

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por 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 de la señora MAURA LUCIA BRAVO MARIÑO para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, esta colegiatura precisa que los afiliados al sistema de seguridad social están facultados para escoger libremente a qué régimen 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 MAURA LUCIA BRAVO MARIÑO afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR, S.A lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que la demandante la señora MAURA LUCIA BRAVO MARIÑO estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde el 01 de enero de 1985, hasta que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad,

mediante afiliación al fondo de pensiones PORVENIR, S.A., el día 01 de mayo de 2006.

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 mayo de 2006, así como se evidencia el formato de solicitud de vinculación o traslado de fecha 01 de marzo de 2006, el cual fue suscrito por la demandante, se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, considera la Sala que estas 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 a la demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

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

Reiterándose que, le correspondía a dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, a la demandante en todo lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica como la contenida en 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 PORVENIR, 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 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 de la demandante MAURA LUCIA BRAVO MARIÑO 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 primera cotización a este fondo en el mes de mayo de 2006, 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 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...”

Por tal motivo, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar, desde COLPENSIONES hacia el fondo privado 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 la afiliada hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables a la afiliada, en sus respectivos periodos de cotización.

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

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

Dicho lo anterior es necesario para esta Sala, pronunciarse respecto de la excepción de prescripción reiterada por la demandada 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 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 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 afiliada 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.

CUARTO PROBLEMA JURÍDICO- 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, 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 PORVENIR, S.A. y en favor de la demandante.

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 13 de junio de 2022.

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. y PORVENIR S.A. y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

EN PERMISO
ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de Diciembre de 2022.



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2022-00011-01
RADICADO INTERNO:	20.059
DEMANDANTE:	JORGE RAUL GELVEZ REYES
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Dentro del asunto de la referencia, sería del caso proceder a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el Grado Jurisdiccional de Consulta sobre la Sentencia del 22 de julio de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, si no fuera porque en el trámite se evidencia la existencia de una irregularidad procesal insaneable, por lo cual se hace necesario dictar el siguiente

AUTO:

1. Antecedentes

El señor JORGE RAUL GELVEZ REYES por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PORVENIR S.A, solicitando que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen que efectuó y de los traslados que realizó entre administradoras del RAIS. Que se les ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a dejar sin efecto el traslado de régimen, y como consecuencia, PORVENIR traslade a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros recibidos y los que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, y esta última lo reciba sin solución de continuidad, procediendo a corregir y actualizar su historia laboral una vez haya recibido los aportes.

Como pretensión subsidiaria solicitó que se declare que la A.F.P. PORVENIR con ocasión a la indebida y nula información suministrada al momento del traslado efectuado, le ocasionó perjuicios que deben ser reparados por lo que a manera de indemnización debe reconocerle la pensión por vejez a partir del cumplimiento de los requisitos, en las mismas condiciones y circunstancias a que tenía derecho si se hubiese pensionado en el RPMPD.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que nació el día 04 de julio de 1957, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del RPMPD para acceder a la Pensión de Vejez, el mismo día y mes del año 2019.

- Que se afilio al Sistema General de Pensiones en el RPMPD el día 01 de diciembre de 1988, al cual cotizó por medio de diversos empleadores del sector público.
- Que se trasladó al RAIS mediante afiliación al Fondo De Pensiones HORIZONTE, hoy PORVENIR, el 25 de octubre de 1995, fecha en la que se encontraba vinculado laboralmente en calidad de dependiente con el sector público e ingresaba a trabajar en la Personería Municipal de Cúcuta en el cargo de Asesor de Derechos Humanos.
- Que la aparente decisión libre y voluntaria de traslado, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existe tal consentimiento. Que le informaron que el RPMPD y los Fondos Privados tenían las mismas condiciones de pensión y hasta mejores, y le manifestaron que el RPM se iba a acabar, por lo que se perderían sus aportes.
- Que el 22 de enero de 1998 efectuó traslado de administradora dentro del RAIS, de HORIZONTE a PORVENIR y el día 30 de julio de 1999 efectuó traslado a la AFP COLPATRIA. Que en dichos traslados tampoco recibió información completa ni suficiente, diferente a la recibida al momento del traslado de régimen.
- Que actualmente se encuentra como afiliado al RAIS en PORVENIR, entidad que no le informó sobre el año de gracia que concedió el Artículo segundo de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Artículo 1 del Decreto 3800 de 2003, a pesar de que contaba con sus direcciones de residencia, trabajo y correo electrónico, canales todos válidos para que le informara sobre los cambios normativos mencionados, lo que evidencia la mala fe de esa AFP.
- Que desde su afiliación al RAIS hasta la fecha, ha cotizado a ese régimen más de 1130 semanas, por lo que ha cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos Regímenes más de 1300 semanas y reúne los requisitos para acceder a la pensión por vejez por parte de COLPENSIONES, de conformidad con la ley 797 de 2003, al contar con 62 años de edad. Que no se le ha reconocido pensión por vejez a su favor, por ende, no se encuentra en nómina de pensionados.
- Que conforme a la Historia Laboral expedida por PROTECCION, su IBL del promedio de los últimos 10 años cotizados, es de \$3.470.200, a este debe aplicársele una tasa de reemplazo del 70% conforme al número de semanas cotizadas, lo cual arroja para esta anualidad una mesada pensional en Colpensiones de \$2.429.140.
- Que el valor de la mesada pensional que le correspondería en PORVENIR ascendería a la suma de \$1.000.000, equivalente a 01 SMLMV por aplicación de garantía de pensión mínima, según respuesta emitida por esa entidad.
- Que elevó derecho de petición al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. el día 20 de diciembre de 2021, solicitando la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y demás peticiones relacionadas en la demanda. Que en la misma fecha elevó derecho de petición a COLPENSIONES, solicitando la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y el reconocimiento de su pensión por vejez.

Asignado el conocimiento de la demanda al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, se dispuso la admisión de la misma en proveído del 26 de abril de 2.022, en donde se ordenó la notificación de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, y oficiar a la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y al MINISTERIO PÚBLICO.

El expediente paso al despacho el 30 de junio de 2.022 informando que las entidades demandadas se notificaron y dieron contestación oportuna a la demanda, así mismo, que se remitieron las comunicaciones pertinentes a la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y al MINISTERIO PÚBLICO. Con auto del 08 de julio de 2.022 se admitió la contestación remitida por las demandadas y se señaló el 22 de julio del año en curso para llevar a cabo audiencia pública de conciliación,

decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio y decreto de pruebas, así como la de trámite y juzgamiento.

En audiencia realizada el 22 de julio de 2.022 se adelantaron las etapas procesales correspondientes y se profirió sentencia de primera instancia por medio de la cual se accedió a lo solicitado por el actor, al concluir el a quo que era procedente declarar la ineficacia al no haber tenido el demandante libertad de escogencia pues la AFP no probó que al momento del traslado le haya brindado información en cumplimiento de la Ley y que el formulario no prueba el consentimiento informado, por lo que ordenó a la AFP demandada la devolución de todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor junto con los rendimientos producidos, sin posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración ni por cualquier otro concepto como seguros previsionales. Decisión contra la que interpusieron recurso de apelación PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, siendo esta última, a su vez, beneficiaria del grado jurisdiccional de consulta.

2. Consideraciones

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, expresa que, en todas las actuaciones administrativas y judiciales, deberá respetarse el debido proceso, lo cual permite inferir que cuando ello no se cumple, todo el procedimiento realizado a partir del hecho vicioso es ilegal y consecuentemente vulneratorio de este principio. Por ello, este elemento se convierte en el primer lineamiento a seguir por parte del juez en cada una de las etapas de todo proceso.

En desarrollo de estos preceptos constitucionales, el artículo 48 del C.P.T.Y.S.S. modificado por el artículo 7° de la Ley 1149 de 2007, estableció que: *“El juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite”*, y por su parte el numeral 12 del artículo 42 y el artículo 132 del Código General del Proceso, establecen que agotada cada etapa del proceso, el juez deberá realizar un control de legalidad para corregir o sanear los vicios que puedan configurar nulidades u otras irregularidades dentro del proceso.

Esto implica que, cuando en ejercicio de sus facultades de control de legalidad y saneamiento, se avizora la existencia de una irregularidad procesal que afecte los derechos fundamentales y constituya una nulidad insaneable, se está en la obligación legal y constitucional de corregir la misma para garantizar la idoneidad de la actuación.

Siguiendo estos preceptos, la Sala identificó en la documental allegada que el actor estuvo afiliado en el lapso comprendido entre noviembre de 1.998 a agosto de 1.999, a la AFP COLMENA, según consta en el certificado SIAFP presentado por la demandada PORVENIR, así como en las copias de la historia laboral del demandante que se remitieron como anexo a la demanda y en la contestación realizada por la AFP demandada; vinculación respecto de la cual no se realizó pronunciamiento en primera instancia.

Respecto a la AFP COLMENA, cabe resaltar que dicha entidad junto a DAVIVIR, fue adquirida por el GRUPO SANTANDER en 1999, el cual fue posteriormente vendido al GRUPO ING, quien en 2013 se fusionó con A.F.P. PROTECCIÓN¹, entidad que no se encuentra vinculada al presente trámite.

Es por lo anterior, que se establece que en el curso del presente proceso no se integró adecuadamente el litisconsorcio necesario por pasiva para resolver las pretensiones de nulidad de afiliación y traslado del señor JORGE RAUL GELVEZ REYES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al no existir duda sobre la necesidad de vincular a la AFP PROTECCIÓN por contar con legitimación en la causa para actuar por pasiva, al corresponderle cualquier responsabilidad derivada de la afiliación que el actor tuvo con la AFP COLMENA, aunque no haya sido la determinadora del traslado de régimen.

¹ Ver reporte en prensa:

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

Al respecto, en providencia SL3794 de 2021 la Sala de Casación Laboral señala que los efectos de las sentencias que resuelven solicitudes de nulidad e ineficacia de traslado entre regímenes pensionales son de carácter uniforme para los sujetos procesales que integran uno de los extremos de la relación procesal y los identifica expresamente como **litisconsorcio necesario**, al suscitarse un carácter inescindible de la relación sustancial que los vincula.

Con ello, es evidente que se dejó de integrar adecuadamente el litisconsorcio necesario por pasiva y se configuró la nulidad consagrada en el numeral 8° del artículo 133 y del inciso final del artículo 134 del C.G.P., norma última que establece: “*Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio*”.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia se ha pronunciado sobre la relevancia de la debida integración del litisconsorcio necesario por pasiva y la necesidad de decretar oficiosamente las medidas correctivas que garanticen su conformación, siguiendo los parámetros del Art. 29 ibídem, dado que su desconocimiento o inobservancia conllevaría a la expedición de una sentencia que carece de legitimidad al no lograr satisfacer correctamente el litigio sobre el derecho reclamado. Así se explica, por ejemplo, en providencia AL3634 de 2020 al indicar:

“Por último, nótese que esta Sala ha señalado que con decisiones como la que ahora se adopta, no se afecta «el principio de prevalencia del derecho sustancial reconocido en el artículo 228 de la Constitución, sino que, antes bien, permite realizarlo cabalmente, en la medida en que, por mandato de la propia Carta Política y con rango de derecho fundamental, toda persona tiene derecho a un debido proceso (art. 29), cuyo observancia resulta necesaria para legitimar el pronunciamiento judicial que dirima el litigio. En este sentido, con el pretexto -o argumento- de administrar cumplida justicia y de hacer efectivo un derecho, no pueden los Jueces hacer tabla rasa de las formas procesales, pues aunque el derecho se satisficiera, la solución judicial no tendría legitimidad, la que sólo puede predicarse si la decisión del Juez se ha adoptado “con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». (CSJ SL, 1.º feb. 2011, rad. 40201 y CSJ AL1461-2013).”.

Conforme a lo anterior y observado el trámite procesal surtido en primera instancia, al no percatarse oportunamente de la necesidad de vincular como litisconsorcio necesario por pasiva a PROTECCIÓN S.A., se establece que se incurrió en la nulidad consagrada en el numeral 8° del artículo 133 y la del inciso final del artículo 134 del C.G.P., por lo cual se procederá de manera oficiosa a DECLARAR LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO a partir de la providencia de fecha 08 de julio de 2.022 que declaró implícitamente integrado el litigio y convocó a audiencia del artículo 77 del C.P.T.Y.S.S., inclusive, advirtiéndose que las pruebas allegadas al proceso mantendrán su validez y se ORDENARÁ al JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA que proceda a ordenar la vinculación de esa entidad, su notificación y continúe el proceso una vez materializada adecuadamente la integración del litisconsorcio necesario por pasiva.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR OFICIOSAMENTE LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO a partir de la providencia de fecha 08 de julio de 2.022, inclusive, mediante la cual que declaró implícitamente integrado el litigio y convocó a audiencia del artículo 77 del C.P.T.Y.S.S., advirtiéndose que las pruebas allegadas al proceso mantendrán su validez.

SEGUNDO: ORDENAR al JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA que proceda a ordenar la vinculación de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A.,

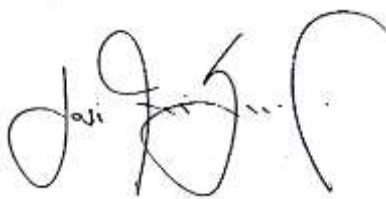
disponga su notificación y continúe el proceso una vez materializada adecuadamente la integración del litisconsorcio necesario por pasiva, de conformidad con los lineamientos expuestos en la presente providencia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

(En permiso)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 1 de diciembre 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: 544053103001-2021-00066-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19560
JUZGADO: CIVIL DEL CIRCUITO DE LOS PATIOS
DEMANDANTE: WILSON MARQUEZ GONZALEZ
ACCIONADO: ALUMAR, S.A.S.
ASUNTO: CONSULTA
TEMA: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

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

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 14 de octubre de 2021 por el Juzgado Civil del Circuito de los Patios dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 544053103001-2021-00066-00 y P.T. No. 19560 promovido el señor WILSON MARQUEZ GONZALEZ contra ALUMAR, S.A.S.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante, por intermedio de apoderado judicial pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 07 de febrero de 2005 y hasta el 03 de mayo de 2019, en el cargo de auxiliar de bodega, solicitando que se declare como ineficaz su despido y como consecuencia se condene a ALUMAR, S.A.S. a realizar el reintegro y reubicación laboral sin solución de continuidad, al pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, dotación y aportes al SSSI dejados de percibir desde el despido y hasta que sea reintegrado, al pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la indemnización del artículo 65 CST y la indexación de las 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 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa ALUMAR, S.A.S. el día 07 de febrero de 2005, en el cargo de auxiliar de bodega, el cual finalizó el día 03 de mayo de 2019 por decisión unilateral y sin justa causa del empleador, cancelándosele las prestaciones sociales e indemnización el mismo día.
2. Que horas antes de su despido, había solicitado permiso a su jefe inmediato para asistir a una cita odontológica y a una valoración de terapias.
3. Que al momento de su despido, su empleadora tenía conocimiento de las limitaciones para trabajar que presentaba, ya que en ese momento se encontraba en terapias físicas y en proceso de calificación para determinar su origen y a pesar de esto, terminaron su contrato sin la debida autorización del Ministerio del Trabajo.
4. Que el 29 de mayo de 2020 fue valorado por la JRCI de Norte de Santander mediante dictamen 565/2020, a través del cual se le diagnosticó SÍNDROME DE MANGUITO ROTADOR DERECHO, origen: riesgo laboral, dictamen que fue apelado por la ARL POSITIVA, y que fuera confirmado por la JNCI.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

Notificada de la admisión de la demanda presentada en su contra, la empresa ALUMAR, S.A.S., dio formal contestación a la misma, aceptando la existencia del contrato de trabajo con el demandante, indicando, sin embargo, que la terminación del mismo se realizó de manera unilateral y sin justa causa, haciendo uso del artículo 64 CST, indemnizándose al trabajador por su tiempo laborado, cancelándosele igualmente las prestaciones sociales de ley; que el trabajador no se encontraba en un estado de debilidad manifiesta. Indicó que la calificación realizada al demandante tuvo lugar dos años y 26 días después de la fecha de terminación del contrato de trabajo.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó DECLARAR EFICAZ LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE LA EMPRESA ALUMAR, S.A.S. Y EL TRABAJADOR WILSON MÁRQUEZ GONZÁLEZ, IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 361 DE 1997, INEXISTENCIA E IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ART. 65 CST EN CONTRA DE LA EMPRESA ALUMAR, S.A.S. Y LA GENÉRICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el CIVIL DEL CIRCUITO DE LOS PATIOS, en sentencia de fecha 14 de octubre de 2021 resolvió DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la causal (sic) invocada por la parte demandada, por lo que la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra.

Para resolver lo anterior, argumentó que se logró establecer que la demandada para el momento en que terminó el contrato de trabajo del demandante, no conocía que el señor Wilson Márquez González tuviera algún grado de limitación o que estuviera incapacitado, aun a pesar de lo manifestado por los testigos arimados por la parte demandante; manifestó que teniendo en cuenta que la estructuración de la enfermedad, según la prueba documental, se dio sólo hasta el 15 de julio de 2021 y para el momento del despido no se había efectuado la calificación de su pérdida de capacidad laboral, conllevaría a afirmar con certeza, que tal determinación no obedeció a que el actor estuviera incapacitado por motivos de salud, como para invocar y aplicar la protección de la ley 361 de 1997; igualmente advierte la juez que para que opere la protección se requiere que el trabajador acredite una discapacidad por lo menos moderada, es decir, a partir del 15% y eso no se logró, dado que fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander en un 3,75 % de pérdida de capacidad laboral y por tanto no se logró demostrar que la terminación del contrato de trabajo haya obedecido al estado de incapacidad por limitación física o psíquica, razón por la cual la sociedad demandada no tenía la obligación de acudir a la autoridad administrativa de trabajo para pedir el correspondiente permiso.

V. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes se abstuvieron de presentar sus alegatos de conclusión, y una vez surtida la etapa para el efecto, se procede a resolver el recurso de apelación, con fundamento en las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para resolver el grado jurisdiccional de consulta teniendo presente lo previsto en el artículo 69 del CPTYSS, al haber sido, la resolución de la sentencia de primera instancia, contraria a los intereses del trabajador.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a lo manifestado en la demanda y sus contestaciones, el **problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si el señor WILSON MARQUEZ GONZALEZ, al momento de terminación de su contrato de trabajo por parte de su empleadora, la sociedad ALUMAR, S.A.S., gozaba de la protección especial de estabilidad laboral reforzada en virtud de su 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, la declaratoria de ineficacia de tal despido y el reintegro a su cargo, junto con el pago de las acreencias laborales e indemnizaciones que esto genera; así mismo se analizará si es acreedor el trabajador de la indemnización contemplada en el artículo 65 del CST.

Aclara la Sala que no existe discusión en esta instancia acerca de la existencia de un contrato de trabajo entre el señor WILSON MARQUEZ GONZALEZ y ALUMAR, S.A.S., entre el 07 de febrero de 2005 y el día 03 de mayo de 2019, fecha en que el mismo terminó por decisión unilateral de la empresa, lo cual fue aceptado por la pasiva en su contestación a la demanda.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

La parte demandante pretende el reintegro 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.

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

Revisando el acervo probatorio aportado a los autos, especialmente la historia clínica allegada, surge evidente que a partir de noviembre de 2018 el actor sufría de dolencias en los tendones correspondientes al manguito rotador y presentaba cuadro de dolor en su hombro derecho, con un diagnóstico de SÍNDROME DE MANGUITO ROTATORIO, habiendo sido calificado como de origen laboral en un primer momento por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER mediante dictamen N°88308278-565 el 29 de mayo de 2020, decisión confirmada por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ mediante dictamen N°88306278-32798 del 05 de noviembre de la misma anualidad, y posteriormente siendo determinada su PCL del 3.79% estructurada el 15 de julio de 2021, mediante dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, lo cual permite concluir que el señor Wilson Carrillo, no es considerado como un sujeto de especial protección y no es acreedor de la estabilidad laboral reforzada que

aquí se reclama, dado que no demostró tener el grado mínimo exigido por la jurisprudencia previamente citada, para el efecto.

Y es que la presencia de dichas dolencias no es suficiente para declarar que el demandante se encuentra revestido por el fenómeno de la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, pues como claramente se indicó, conforme a la postura asumida por esta Sala, es necesario que las aludidas patologías produzcan una pérdida de capacidad laboral equivalente a un porcentaje igual o mayor a un 15%, situación que no en el sub-examine no encuentra respaldo en ningún medio de prueba allegado a los diligenciamientos, al haberse establecido, como se dijo, su PCL en un 3.79%, lo cual demuestra que las patologías sufridas por el trabajador no eran de una severidad tal que lograra alcanzar el porcentaje mencionado.

Así las cosas, evidente surge que si bien el despido del trabajador por parte de la pasiva lo fue sin justa causa, no se encuentra un vínculo causal entre el mismo y el estado de salud de este, mostrando simplemente el ejercicio de la potestad con que cuenta cualquier patrón de prescindir del servicio de un trabajador que no cuenta con una protección especial, con el pago de la indemnización correspondiente, tal y como sucedió en este caso según fue manifestado en la demanda, por lo que no están llamadas a prosperar las pretensiones encaminadas a obtener las consecuencias jurídicas establecidas en la Ley 361 de 1997, esto es el reintegro laboral, el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, así como la indemnización correspondiente al pago de 180 días de salario, debiéndose CONFIRMAR en su totalidad la sentencia atacada proferida por el Juzgado Civil del Circuito de los Patios el día 14 de octubre de 2021.

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 en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de los Patios el día 14 de octubre de 2021.

Sin costas en esta instancia por surtirse el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

(EN PERMISO)

**ELVER NARANJO
MAGISTRADO**

Nidia Belén Quintero G.

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de Diciembre de 2022.



Secretario



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

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

PROCESO:	EJECUTIVO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-498-31-05-001-2012-00212-00
RADICADO INTERNO:	20.003
DEMANDANTE:	NADIM DEL CARMEN DURÁN ORTIZ
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE HACARÍ

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELEM QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra del auto de fecha 5 de agosto del año en curso, a través del cual, el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, precisó los límites de las medidas cautelares decretadas.

1. ANTECEDENTES

El señor NADIM DEL CARMEN DURÁN ORTIZ, en nombre propio y representación de sus menores hijos, interpuso demanda ordinaria laboral contra el MUNICIPIO DE HACARÍ para el reconocimiento de pensión de sobrevivientes por omisión en la afiliación al sistema de riesgos profesionales; por la cual se dictó sentencia el 8 de febrero de 2008 accediendo a las pretensiones, declarando el derecho por cuantía de \$1.390.474,50 a partir del 11 de enero de 2002, descontando los pagos efectuados y ordenando los respectivos reajustes legales, así como la indexación del caso.

Contra esta decisión se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, reclamando el reconocimiento de intereses moratorios; inicialmente, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta en auto del 15 de julio de 2008 declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción, por lo que fue devuelto el asunto al Juzgado que en auto del 11 de junio de 2009 se rechazó la demanda y se remitió a los Juzgados Administrativos, correspondiendo al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cúcuta que también declaró su falta de jurisdicción y suscitó el conflicto de competencia.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en proveído del 8 de octubre de 2009, declaró que el conocimiento de este asunto correspondía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral; por lo que avocado el conocimiento nuevamente, se remitió el asunto para resolver el recurso de apelación y finalmente la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta en sentencia del 23 de noviembre de 2010, decidió modificar lo correspondiente al pago de las diferencias por mesadas canceladas teniendo como valor real de la mesada \$1.390.474,50 con los correspondientes intereses moratorios.

En memorial del 17 de septiembre de 2012, la parte actora solicitó que se librara mandamiento de pago en su favor y por ello, en auto del 28 de septiembre de 2012 se libró mandamiento de pago al MUNICIPIO DE HACARÍ por las sumas de: a) \$92.702.138 por diferencias en mesadas pensionales del

11 de enero de 2002 al 30 de junio de 2012, b) Indexación entre la exigibilidad y el pago, c) intereses moratorios del artículo 95 del Decreto 1295 de 1994, d) \$10.155.800 por costas de ambas instancias; igualmente decretó el embargo y retención de dineros en cuentas que no estén afectados con beneficio de inembargabilidad, por un límite de \$415.000.000. Sin embargo, mediante auto del 23 de enero de 2013, se decidió levantar de oficio las medidas cautelares decretadas conforme al artículo 45 de la Ley 1551 de 2012 que dispuso que solo se podrían decretar embargos a municipios cuando esté ejecutoriada la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución.

Contestada la demanda y propuestas las excepciones de INEPTA DEMANDA O FALTA DE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD y COBRO DE LO NO DEBIDO E INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA SENTENCIA BASE DEL EJECUTIVO; en audiencia del 19 de marzo de 2013, el Juzgado declaró probada las excepciones previas de INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD y dio por terminada la ejecución; posteriormente dicha actuación fue declarada nula por decisión de segunda instancia del 24 de septiembre de 2013 que ordenó proseguir la audiencia respectiva. Por ello, en audiencia del 22 de noviembre de 2013 se decidió de fondo el proceso ejecutivo, resolviendo declarar parcialmente probada las excepciones propuestas, modificando el literal b en cuanto a la indexación que irá hasta la ejecutoria de la sentencia de primera instancia y ordenó seguir adelante la ejecución por las obligaciones determinadas en el mandamiento de pago, lo cual fue confirmado en providencia del 24 de marzo de 2015 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta.

En auto del 15 de abril de 2021, se impartió aprobación a la liquidación de crédito por la suma de \$684.053.892 causado a enero de 2021 y por \$20.353.035 por costas de ambas instancias; igualmente se decretó el embargo y retención de los dineros de las cuentas que tenga el demandado MUNICIPIO DE HACARÍ, que sean embargables, por un límite de MIL MILLONES DE PESOS MCTE (\$1.000.000.000).

La parte actora solicitó que se incluyera en las medidas cautelares decretadas de embargo sobre recursos propios embargables, las sumas de dinero del Sistema General de Participaciones y otras sumas, así sean legalmente inembargables, debido a que se trata de la ejecución de una sentencia de condena en un proceso cuya pretensión recae sobre la pensión, conforme al precedente de la CORTE CONSTITUCIONAL y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en virtud del cual es viable decretar el embargo de estas sumas, sin que se vulnere el principio de inembargabilidad de recursos públicos, citando la sentencia ST:2241 de 2021 que contiene 4 excepciones que no fueron estudiadas por el Juzgado; a lo cual accedió el despacho en auto del 6 de mayo de 2021.

El Municipio de Hacarí elevó solicitud para que se revisara la decisión que incluyó en el embargo y retención, las sumas de dinero del Sistema General de Participaciones – SGP y otras sumas así sean legalmente inembargables, ya que no se ajusta al criterio de excepción “iv” del auto de fecha 11 de mayo de 2021; alegando que en este caso las obligaciones reclamadas no tienen como fuente de actividades, a las cuáles estaban destinadas dichos recursos, indicando que no se especifica en manera alguna cual actividad y tampoco se determinó si a los embargos se les debe aplicar algún porcentaje respecto de los diferentes programas a que están destinados; pues de aplicarse dicha medida, se generaría un traumatismo fiscal y financiero al Municipio en sus compromisos de inversión social y funcionamiento.

2. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL AUTO IMPUGNADO:

2.1. Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia para resolver el recurso de apelación incoado por el apoderado de la parte demandante contra el auto del 5 de agosto del año en curso, proferido por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, que resolvió:

PRIMERO: PRECISAR que podrán embargarse dineros de cualquier partida del Sistema General de Participaciones del ejecutado, en cuantía máxima de **\$147.315.316**, que corresponderá al pago de reajuste de la mesada pensional e indexación, conforme la motiva de este auto.

SEGUNDO: PRECISAR que por el valor máximo de **\$737.940.114**, solo podrán afectarse recursos embargables o los de la partida de libre destinación del municipio demandado, dado que refieren al pago de intereses moratorios, tal como se expuso en la motiva de esta providencia.

TERCERO: REITERAR el requerimiento realizado al Banco Agrario de Colombia, para que se sirva aplicar la medida cautelar decretada desde el pasado 06 de mayo de 2021, con las claridades y precisiones que acá se decantan, advirtiendo que ya fueron requeridos el 14 de junio de 2022 y no se ha obtenido pronunciamiento o depósito judicial alguno de su parte.

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez a quo fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Señala de manera inicial, que la decisión a modificar no fue objeto de recurso alguno y transcurrió más de un año desde su ejecutoria antes de la petición; igualmente la sentencia tiene más de 11 años en firme, tiempo dentro del cual el ejecutado ha tenido oportunidad de cancelar la obligación directamente, pero no lo ha hecho o al menos no ha demostrado dicho cumplimiento e igualmente pese a que existe mandamiento de pago desde el 28 de septiembre de 2012, no se han recibido depósitos judiciales. De allí que una vez declarada la medida cautelar inicial, sin resultados, se solicitó su extensión a los recursos del Sistema General de Participaciones.

- Indica que es importante precisar sobre que conceptos debe incidir el embargo sobre recursos del Sistema General de Participaciones, por lo que debe hacerse un recuento jurisprudencial para lo cual se indica que no es un tema pacífico entre las altas cortes; indicando que la Corte Constitucional en Sentencia T-053 de 2012 al estudiar caso, donde se debatía la procedencia del embargo del Sistema General de Participaciones, en su destinación al rubro de salud, señaló que era factible el embargo solo si se verificaba que para garantizar la cancelación de créditos resultaban insuficientes los ingresos corrientes de libre destinación de la entidad territorial, lo que se reitera para el pago de obligaciones laborales en T-873 de 2012.

- Por otra parte, el Consejo de Estado en sentencia de la sección cuarta, de agosto 05 de 2021, radicado 11001-03-15-000-2021-03124-00, indica que se pueden embargar los recursos del SGP tratándose de obligaciones laborales contenidas en una sentencia judicial, siguiendo la Sentencia C-1154 de 2008 y C-566 de 2003, lo que fue reiterado en sentencia de la sección tercera de mayo 10 de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-01303-00, citando las 3 excepciones que impuso la Corte Constitucional.

- En cuanto a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indica que en sentencia de tutela STL285-2022 concreta las reglas que guían la excepción de inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones: (i) Satisfacción de créditos u obligaciones de origen laboral con el fin de hacer efectivo el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. (ii) Pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y la realización de los derechos en ellas contenidos. (iii) Títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible. iv) Las anteriores

excepciones son aplicables respecto de los recursos del SGP, siempre y cuando las obligaciones reclamadas tuvieran como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados dichos recursos (educación, salud, agua potable y saneamiento básico); las cuáles vienen reiteradas de STL2241 de 2021 y STL 2493-2020, indicándose que el Juzgado de conocimiento debe estudiar el caso concreto, en lo que respecta, al título y la actividad o negocio subyacente, o que dio origen a dicho título, para determinar que puede ser objeto de excepción de inembargabilidad.

- Acorde a lo anterior, concluye que en efecto el Sistema General de Participaciones, puede ser objeto excepcional de embargo, cuando la obligación objeto de reclamo emana de una sentencia judicial, la cual pasado un término de 18 meses, la entidad pública demandada no ha cancelado la obligación, y efectuadas las medidas cautelares, ninguna ha surtido efecto sobre los recursos embargables de la entidad, permitiéndose, en este evento, levantar la regla de inembargabilidad de dichos recursos y afectarlos con la medida; igualmente, la Sala de Casación Laboral condiciona esta afectación, a que la fuente de la obligación o lo que la genere se relacione con las actividades de la destinación específica afectada.

- Refiere que en este caso, el título ejecutivo es una sentencia judicial debidamente ejecutoriada, han transcurrido 11 años sin su cumplimiento y por ello en auto del 6 de mayo de 2021 se permitió extender el embargo al SGP, pero sin realizar la especificación de los dineros y partidas a afectar; a lo que procede, indicando que la sentencia tiene origen en el reajuste de la mesada pensional que dejo causada en favor de sus beneficiarios quien fuera alcalde del municipio demandado, que falleció en ejercicio de sus labores y conforme el numeral 3° del artículo 315 de la Constitución, entre sus funciones está dirigir la acción administrativa del municipio incluyendo la prestación de servicios a su cargo, por lo que es válido embargar las cuentas del Sistema General de Participaciones, en todas sus partidas, para obtener el pago del reajuste pensional con la respectiva corrección monetaria, esto es la indexación.

- No obstante, sobre los intereses moratorios, considera que estos surgen como una penalidad contra la entidad publica que demora el pago de mesadas pensionales, por lo que para su cumplimiento solo podrá afectarse los recursos de libre destinación, dado que su génesis es un incumplimiento de la administración, que no se relaciona con las actividades de servicios públicos de salud, educación o saneamiento básico.

3. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación, para que se mantenga la medida en los términos declarados inicialmente, justificado en que ninguna de las providencias de las Altas Cortes limita el monto, como lo consideró el Juzgado, dividiendo el capital y los intereses moratorios, para excluir estos de la medida cautelar en cuanto a los recursos del Sistema General de Participaciones. Advirtiéndole que la decisión, improcedente por no haberse presentado al resolver un recurso, hace ilusorio el derecho reclamado y por tratarse la medida de un auto interlocutorio, no era susceptible de ser modificado como se realizó, no cumpliéndose lo preceptuado en los artículos 599 numeral 3° y 600 del C.G.P.

Mediante providencia del 18 de agosto de 2022, se mantuvo la decisión por estimar que siguiendo las posturas jurisprudenciales expuestas, la división está en armonía con las excepciones que buscan salvaguardar los recursos que afectan partidas en principio inembargables pues los intereses moratorios no tienen relación u origen en la prestación del servicio de Alcalde; concediendo el recurso de apelación.

4. ALEGATOS:

Dentro de la oportunidad legal concedida no se presentaron alegatos de conclusión.

5. CONSIDERACIONES

En torno a la discusión planteada en este proceso, se debe definir lo siguiente:

¿Resulta procedente el ajuste sobre las medidas cautelares de embargo sobre cuentas con dineros del Sistema General de Participaciones que fue ordenado por el Juez para precisar los conceptos que podían afectarse en dichas cuentas?

De conformidad con el numeral 7 del artículo 65 del C.P.T.S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, es apelable el auto que decida sobre medidas cautelares, por lo que esta Sala de Decisión es competente para pronunciarse sobre la impugnación presentada.

El Juzgado, en auto del 5 de agosto de 2022, decidió adoptar medidas para precisar que la orden de extender el embargo sobre las cuentas del municipio demandado con recursos del Sistema General de Participaciones, adoptada previamente en auto del 6 de mayo de 2021, debía ajustarse al disponer la extensión únicamente por los rubros de las mesadas y su indexación pero no sobre los de intereses moratorios, por cuanto estos no cumplen la regla jurisprudencial de excepción al ser una penalidad no derivada de la actividades de servicio público; conclusiones que son objeto de apelación por el demandante, quien reclama desde un punto de vista formal que la decisión era improcedente por estar en firme el auto anterior y no tratarse de las situaciones legales en que procede la reducción de embargo, y desde el punto de vista sustancial alega que no se indica en la jurisprudencia que los intereses puedan excluirse de la medida cautelar.

Conforme a la Corte Constitucional, en Sentencia C-379 de 2004, *“las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso”*, de manera que con ellas se *“protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada”* y con su aplicación se busca *“asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido”*.

De conformidad con el artículo 100 y siguientes, del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, *“Cuando de fallos judiciales o laudos arbitrales se desprendan obligaciones distintas de las de entregar sumas de dinero, la parte interesada podrá pedir su cumplimiento por la vía ejecutiva de que trata este Capítulo, ajustándose en lo posible a la forma prescrita en los artículos 987 y siguientes del Código Judicial, según sea el caso”*, igualmente *“el Juez decretará inmediatamente el embargo y secuestro de los bienes muebles o el mero embargo de inmuebles del deudor, que sean suficientes para asegurar el pago de lo debido y de las costas de la ejecución”* y *“en el decreto de embargo o secuestro, el Juez señalará la suma que ordene pagar, citará el documento que sirva de título ejecutivo y nombrará secuestre, si fuere el caso”*.

En este asunto, en auto del 28 de septiembre de 2012 se libró mandamiento de pago al MUNICIPIO DE HACARÍ por los conceptos de diferencias pensionales, indexación, intereses moratorios y costas que fueron ordenados en sentencia de primera y segunda instancia, por lo cual se dictó orden de seguir adelante con la ejecución en auto del 22 de noviembre de 2013 confirmado en decisión de segunda instancia del 24 de marzo de 2015; sin que

obren pruebas o alegaciones de pago en el curso de la ejecución, la última liquidación de crédito aprobada fue en auto del 15 de abril de 2021, por la suma de \$684.053.892 causado a enero de 2021 (\$ 176.222.235 por reajustes, \$93.883.605 por indexación a la fecha de la sentencia y \$491.960.076 por intereses de mora) y por \$20.353.035 por costas de ambas instancias, por lo cual se fijó como límite de embargo sobre las cuentas con recursos embargables del municipio, en la suma de \$1.000.000.000.

Ante la ausencia de pago y de efectividad de las medidas cautelares decretadas a la fecha, el apoderado de la actora solicitó aplicar el levantamiento de la inembargabilidad de recursos públicos definida en la jurisprudencia constitucional para garantizar el pago del título judicial; al respecto, se advierte que esta se encuentra resumida en providencia STL7273 de 2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que dice:

“Sobre el asunto sometido a consideración de esta Sala, resulta oportuno recordar que, entre otras, en sentencias CSJ STL3466-2018, CSJ STL7686-2019, CSJ STL5930-2020 y CSJ STL2241-2021, esta Sala de la Corte ha sostenido que los recursos que pertenecen al Sistema General de Participaciones son inembargables, dada la necesidad de preservar, defender y proteger los recursos financieros que se requieren para cubrir las necesidades esenciales de la población.

Empero, ello no aplica de manera absoluta, toda vez que jurisprudencialmente se han fijado unas excepciones con el propósito de evitar poner en riesgo principios, valores y derechos constitucionales de carácter particular, tales como la vida en condiciones dignas, la seguridad social y el trabajo.

Sobre el particular, cumple indicar que la Corte Constitucional ha construido una línea jurisprudencial consistente en señalar aquellas excepciones, que enlistó de la siguiente manera:

(i) Satisfacción de créditos u obligaciones de origen laboral con el fin de hacer efectivo el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas.

(ii) Pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y la realización de los derechos en ellas contenidos.

(iii) Títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible.

Las anteriores excepciones son aplicables respecto de los recursos del SGP, siempre y cuando las obligaciones reclamadas tuvieran como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados dichos recursos (educación, salud, agua potable y saneamiento básico)”

Consideró el juez *a quo* que este caso cumplía los anteriores requisitos y en auto del 6 de mayo de 2021, procedió a ordenar el embargo de las cuentas con dineros del sistema general de participaciones y otras sumas de carácter inembargable para cubrir la ejecución de la sentencia; decisión que, como señala el demandante, no fue objeto de recurso por la parte ejecutada. No obstante, el MUNICIPIO DE HACARÍ en petición del 22 de julio de 2022 solicitó revisar esta decisión por considerar que el caso no se ajustaba a las reglas de excepción y que en todo caso no se determinó el porcentaje o compromiso presupuestal susceptible de afectación conforme a las condenas, por lo que el Juez en la decisión recurrida, aclaró que si bien la decisión inicial no fue controvertida, sí procedía la adecuación para revisar los rubros afectados como se solicitó.

Al respecto, un primer argumento del apelante se dirige a controvertir la facultad que tenía el juez *a quo* para emitir el auto del 5 de agosto de 2022, por cuanto afecta la decisión en firme adoptada en auto interlocutorio del 6 de

mayo de 2021; sobre la naturaleza de las providencias, el artículo 278 del C.G.P. establece que son “*las que deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, las que deciden el incidente de liquidación de perjuicios, y las que resuelven los recursos de casación y revisión*” siendo autos todas las demás providencias. Respecto de sus efectos, el artículo 302 del C.G.P. señala que las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos. No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.

En este caso, reclama el apelante que el auto ejecutoriado no podía ser modificado ya que no proceden los eventos reglados para reducción de medida cautelar de los artículos 599 numeral 3° y 600 del C.G.P.; normas que señalan respectivamente:

“ARTÍCULO 599. EMBARGO Y SECUESTRO. (...) El juez, **al decretar los embargos y secuestros, podrá limitarlos a lo necesario**; el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda* que garanticen aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad.”

“ARTÍCULO 600. REDUCCIÓN DE EMBARGOS. En cualquier estado del proceso una vez consumados los embargos y secuestros, y antes de que se fije fecha para remate, el juez, a solicitud de parte o de oficio, cuando con fundamento en los documentos señalados en el cuarto inciso del artículo anterior considere que las medidas cautelares son excesivas, requerirá al ejecutante para que en el término de cinco (5) días, manifieste de cuáles de ellas prescinde o rinda las explicaciones a que haya lugar. Si el valor de alguno o algunos de los bienes supera el doble del crédito, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, decretará el desembargo de los demás, a menos que estos sean objeto de hipoteca o prenda* que garantice el crédito cobrado, o se perjudique el valor o la venalidad de los bienes embargados.

Cuando exista embargo de remanente el juez deberá poner los bienes desembargados a disposición del proceso en que haya sido decretado.”

Advierte la Sala, que lo solicitado por la parte ejecutada no era la reducción o límite del embargo decretado para permitir la aplicación del artículo 600 del C.G.P., sino que se revocara la decisión de extender la afectación a cuentas inembargables por contener recursos del Sistema General de Participaciones, incluyendo entre las solicitudes que el Juez precisara el alcance de la afectación a las cuentas conforme a su destino.

Revisada la actuación desplegada, se evidencia que en efecto la decisión inicialmente adoptada de extender la afectación del embargo y retención sobre todas las cuentas del municipio, incluyendo las inembargables, pero omitió precisar los alcances de la misma teniendo en cuenta que era necesario revisar de fondo el requisito de la destinación de recursos como fuente de la obligación reclamada y con ello, suscitó una omisión susceptible de ser corregida conforme al artículo 599 del C.G.P. que impone al Juez el deber de decretar los embargos con los límites a lo necesario para evitar excesos que afecten ostensiblemente a la parte ejecutada.

En todo caso, es necesario recordar que las decisiones contenidas en autos interlocutorios no constituyen efectos de cosa juzgada, pues por expresa disposición del entonces artículo 303 del C.G.P., este efecto solo puede predicarse de las sentencias y cuando los jueces detectan haber incurrido en errores en autos, no puede seguir persistiendo en él y para corregirlos cuenta con herramientas procesales como el control de legalidad creado en el artículo

132 del C.G.P., para sanear las irregularidades en que ha incurrido para garantizar el adecuado ejercicio procesal.

Al respecto, en múltiples decisiones del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral se ha indicado que los autos ejecutoriados no pueden revocarse, modificarse o alterarse pero si se evidencia un error no es dable insistir en mantener su vigencia por un formalismo, como se explica en AL5346 de 2018:

“Sin embargo, como ya se anotó, la Sala evidencia que en la referida decisión se omitió estudiar la viabilidad del recurso extraordinario de casación, de dos de los recurrentes, y en consecuencia, nada se resolvió frente a ellos, como era lo procedente, lo que deviene en la aplicación de lo adocinado por esta Colegiatura, en lo referente a que el error cometido en una providencia no obliga al juez a persistir en él e incurrir en otros, conforme se determinó en auto del 21 de abril de 2009, Rad. 36407:

“Para superar lo precedente basta decir que, como lo ha señalado de antaño la jurisprudencia, empero de la firmeza de un auto, no se convierte en ley del proceso sino en la medida en que se acompasa con el ordenamiento jurídico. “(…)

*“Bastante se ha dicho que el juez no puede de oficio ni a petición de parte revocar, modificar o alterar un auto ejecutoriado, pero también, que **el error cometido en una providencia no lo obliga a persistir en él e incurrir en otros, menos, cuando su causa, como en este caso ocurrió, fue precisamente otro error.** Por lo dicho, debe atenderse el aforismo jurisprudencial que indica que ‘los autos ilegales no atan al juez ni a las partes’ y, en consecuencia, apartarse la Corte de los efectos de la mentada decisión.”*

Fluye de lo expuesto, que el Juez *a quo* sí estaba legalmente facultado para corregir cualquier irregularidad u omisión en que hubiera incurrido en el decreto de las medidas cautelares, para prevenir que se mantuviera una equivocación por cuestiones meramente formales, pues ante todo debe prevalecer el derecho sustancial y las garantías procesales. Como sucede en este caso, donde se estableció una extensión de los alcances del embargo sin precisar adecuadamente su incidencia sobre las cuentas susceptibles de afectación por la naturaleza del destino acorde a la fuente de la obligación, como exigen las reglas jurisprudenciales.

Aclarado lo anterior, procede la Sala a establecer de fondo si era viable la limitación en el levantamiento de la inembargabilidad solo para cubrir la obligación por reajuste e indexación con los recursos de cuentas del Sistema General de Participaciones, pero no respecto de los intereses moratorios por considerar que este concepto no cumple el requisito jurisprudencial de ser fuente de obligación relacionada al destino de la cuenta afectada.

Sobre la naturaleza jurídica y justificación de este requisito, se advierte que ha sido la interpretación jurisprudencial la que ha permitido la posibilidad de afectar con medidas cautelares los recursos legalmente identificados como inembargables, incluyendo las cuentas de las entidades territoriales que reciben recursos del Sistema General de Participaciones y para ello el Juez debe revisar que se trate de: obligaciones laborales, pago de sentencias judiciales o de títulos donde el Estado reconoce una obligación clara, expresa y exigible, siempre que las obligaciones reclamadas tuvieran como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados los recursos de las cuentas embargadas.

En cuanto este último aspecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en providencia STC14705 de 2019 señala:

“(…) corresponde estudiar cada caso en particular para determinar la embargabilidad de los recursos con destinación específica, los cuales son objeto del Sistema General de Participaciones.

Revisada la primera excepción, concerniente a cancelar las obligaciones laborales del Estado, determinadas en sentencia, se encuentra que la misma se contempló en el artículo 21 del Decreto 028 de 2008, empero limitándose el reconocimiento de dichas deudas con ingresos corrientes de libre destinación de la entidad territorial; no obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C-1154 de 2008, declaró exequible ese canon de manera condicionada, en el entendido de que si el pago de esas acreencias no podía hacerse con aquél rubro por resultar insuficiente, era dable acudir a los recursos con destinación específica.

En lo atinente a la segunda excepción, relativa a sufragar las condenas impuestas frente al Estado en fallos judiciales, se observa que desde la expedición del Decreto 111 de 1996 -Estatuto Orgánico del Presupuesto-, se estableció la necesidad de adoptar “(…) medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos (…),” estatales; norma declarada exequible condicionadamente por la sentencia C-354 de 1997, donde, entre otras cuestiones, se dio paso a una tercera excepción, luego reconocida en la sentencia C-402 de 1997, permitiéndose el recaudo no sólo de las mencionadas providencias, sino de los “títulos legalmente válidos” a cargo del Estado.

Para el cobro de esas dos últimas obligaciones, esa Corte, en ambos fallos de constitucionalidad, estableció la posibilidad de ejecutar a la Nación “(…) con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos (…).”

Ahora, **no hay duda de la viabilidad de cubrir las acreencias reseñadas con dineros provenientes del Sistema General de Participaciones**, esto es, con destinación específica.

Ciertamente, para las deudas laborales ello fue determinado expresamente por la Corte Constitucional en la anotada sentencia C-1154 de 2008, posibilidad igualmente avalada para atender las obligaciones derivadas de fallos judiciales y títulos; **empero, únicamente, cuando aquéllos tienen “(…) como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados dichos recursos (educación, salud, agua potable y saneamiento básico) (…),”** lo cual significa que esas acreencias deben estar relacionadas con la prestación de alguno de esos servicios, porque de lo contrario, no podrían usarse los dineros dirigidos a tales actividades para sufragarlas.

En la sentencia C-793 de 2002, respecto de la temática descrita, se explicitó (…)

“Ahora bien, considera la Corte que las excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos a que alude el artículo 18 de la Ley 715 sólo proceden frente a obligaciones que tengan como fuente las actividades señaladas en el artículo 15 de la Ley 715. El legislador ha dispuesto, en ejercicio de su libertad de configuración en materia económica, que los recursos del Sistema General de Participaciones para el sector educación se apliquen sólo a tales actividades. Por lo tanto, el pago de obligaciones provenientes de otros servicios, sectores o actividades a cargo de las entidades territoriales no podrá efectuarse con cargo a los recursos del sector educación. **De lo contrario se afectaría indebidamente la configuración constitucional del derecho a las participaciones establecido en el artículo 287 numeral 4 y regulado por los artículos 356 y 357 de la Carta, que privilegian al servicio de salud y los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, sobre otros servicios y funciones a cargo del Estado (…).”**

Las consideraciones transcritas hacen referencia a los dineros destinados a educación; no obstante, la Corte Constitucional extendió el criterio comentado a los demás sectores, tal como se extrae de la sentencia C-566 de 2003 (…).”

Acorde a esta regla, como señaló el juez *a quo*, las obligaciones reconocidas en este proceso derivan de reajustes pensionales a favor de los beneficiarios del causante WILDER TORRES PARADA, quien falleció en el ejercicio de su actividad como Alcalde Municipal de Hacarí y se reconoció su muerte como un riesgo profesional por el cual no estaba afiliado, debiendo asumir el municipio dicha omisión con sus propios recursos. En esa medida, como acorde al artículo 311 de la Constitución, los municipios tienen a su cargo la prestación de los servicios públicos y es el alcalde quien debe dirigir el cumplimiento de estas acciones conforme las funciones de su cargo, su actividad está relacionada con la obligación reconocida que busca cubrir las omisiones en protección de riesgos laborales por el ejercicio de sus funciones y ello permite extender el embargo a las cuentas con recursos inembargables dirigidos a la prestación de los servicios públicos.

No obstante, el juez *a quo* distinguió las condenas en retributivas del servicio (reajustes indexados) y la sanción pecuniaria por la demora en el cumplimiento (intereses de mora), para señalar que los segundos no cumplían el requisito jurisprudencial por lo que no se relacionan con las actividades de servicios públicos, no siendo dable permitir que su rubro afecte las cuentas inembargables. Reclamando el apelante que la excepción jurisprudencial no contempla la facultad del Juez para dividir la garantía de embargo.

Al respecto, como se ha reiterado previamente, la posibilidad de imponer medidas cautelares sobre cuentas con recursos del sistema general de participaciones fue restringida por el legislador en diferentes Leyes y Decretos que al ser objeto de control de constitucionalidad, han sido moduladas para establecer causales excepcionales para ejercer el embargo indicando que es indispensable verificar la configuración de la causal, pues el objeto de esta prohibición es garantizar las metas de continuidad, calidad y cobertura definidas en la ley sobre los servicios públicos y al tiempo garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los entes territoriales, pero para ello deben adoptarse medidas “*de manera que ninguno tenga una preferencia absoluta e incondicionada sino que se haga viable su armonización y concordancia práctica*” (C-1154 de 2008).

Por ende, considera la Sala que, aunque las reglas jurisprudenciales no contienen especificaciones respecto de la posibilidad o no de distinguir entre los conceptos reconocidos para aplicar la excepción solo parcialmente, esta facultad viene derivada de la interpretación constitucional para ponderar armónicamente entre los derechos individuales reconocidos en la sentencia y los colectivos que deben garantizarse con los recursos públicos de destinación específica.

Más recientemente, la Corte Constitucional ha señalado que los jueces, así como las autoridades administrativas, deben ejercer sus funciones dentro de un marco adecuado para preservar la estabilidad fiscal en las finanzas públicas como exige el artículo 334 de la Carta Fundamental, explicando en providencia C-322 de 2021:

“Como se mencionó a partir de su revisión histórica, es claro que la sostenibilidad fiscal opera como un criterio orientador de carácter exclusivamente instrumental que orienta a las ramas del poder público para la realización de los fines del Estado Social de Derecho. Se trata de un medio para la consecución de sus objetivos y no un fin constitucional en sí mismo (...)

*Conforme a la modificación introducida en el artículo 334 de la Carta, la sostenibilidad fiscal “debe orientar a las ramas y órganos del poder público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”. Esto significa que **todas las entidades del Estado, incluidas aquellas que integran la Rama Judicial en sus distintos niveles, al momento de ejercer sus respectivas competencias y facultades deben actuar de***

forma coordinada bajo la orientación del citado objetivo, a efectos de preservar la estabilidad fiscal en las finanzas públicas. Con base en este mandato constitucional, por ejemplo, este tribunal ha señalado que el legislador debe mantener “el gasto a mediano o largo plazo para financiar los costos que supone la emisión de nueva deuda y para reducir el déficit fiscal, permitiendo realizar proyecciones y estimaciones macroeconómicas y establecer estrategias como ocurre con el marco fiscal de mediano plazo”. Por su parte, el ejecutivo debe formular políticas “que puedan mantenerse en el tiempo en beneficio de la población y de las metas de gobierno; de ahí la importancia de incorporar el criterio de sostenibilidad en el Plan Nacional de Desarrollo, en los planes presupuestales y en la ley de apropiaciones”.

Finalmente, los jueces no pueden ser ajenos al objetivo de salvaguardar el equilibrio de las finanzas públicas, de suerte que este propósito constitucional conduciría a que, por ejemplo, como se explicó respecto de las Altas Cortes, **al momento de proferir una sentencia, y sin perjuicio de reconocer plenamente los derechos que son objeto de controversia, sea posible la adopción, por ejemplo, de alguna técnica de modulación de sus efectos, cuyo fin sea el de reconocer la situación económica de la Nación y de las entidades territoriales**, siempre que la decisión que se adopte tenga la capacidad de generar alteraciones serias en la sostenibilidad fiscal, y bajo el cumplimiento estricto de las dos cláusulas prohibitivas previamente expuestas, esto es, la primacía del gasto público social y la intangibilidad de los derechos fundamentales.”

Siguiendo este deber constitucional de ponderar las decisiones para que sus efectos sean armónicos a los fines del Estado y encontrar una vía para que se garanticen paralelamente los derechos reconocidos en sentencia a particulares con los intereses colectivos a donde van dirigidos los recursos afectados; es proporcionada la decisión que permite el embargo de dineros del Sistema General de Participaciones solo de manera parcial, destinado a garantizar el componente prestacional y conferir la capacidad de cumplir las obligaciones reconocidas en la sentencia a favor de la actora, al tiempo que no extralimita la incidencia de esta medida cautelar en los recursos públicos, siendo la decisión una representación adecuada y objetiva del principio de prevalencia del interés general, con medidas que buscan satisfacer la seguridad jurídica de ejecutar las condenas contra el Estado.

En esa medida, se tiene que la finalidad de los intereses moratorios es sancionar la tardanza en el cumplimiento, evidenciando que en este caso se han elevado considerablemente por la tardanza del ejecutado en adoptar medidas de cumplimiento oportunas que previnieran el crecimiento de la deuda; sin embargo, percibiendo en este caso que la ejecución de la sentencia puede asegurarse en su componente prestacional con las medidas que se toman, no resultaría adecuado poner en riesgo la sostenibilidad financiera del ente territorial respecto de los rubros de destinación específica para servicios públicos, existiendo una medida de menor impacto que permite la efectividad de la sentencia.

Por ende, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia que aplicó un enfoque diferenciado en la aplicación de la excepción de inembargabilidad, por resultar proporcionada y ajustada a los parámetros constitucionales que dieron lugar a dicha posibilidad. Finalmente, se impondrán costas de segunda instancia a la parte actora, fijando como agencias en derecho a favor de la demandada un valor de \$350.000.

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 dictado en audiencia del 5 de agosto de 2022, por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo: Condenar en costas de segunda instancia a la demandante. Fijar como agencias en derecho la suma de \$350.000 a favor del demandado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

(En permiso)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 1 de diciembre de 2022



Secretario



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

Cúcuta, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	PROCESO ORDINARIO
RADICADO ÚNICO:	54-498-31-05-001-2019-00133-01 P.T. 19450
DEMANDANTE:	DIOCELINA DURÁN ARENAS
DEMANDADO:	HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE JESÚS MARÍA ALVAREZ y OFELIA TORRADO,

MAGISTRADA SUSTANCIADORA:
DRA. NIDIAM BELÈN QUINTERO GELVES

En término oportuno dentro del proceso ordinario seguido por la señora Diocelina Durán Arenas en contra de Jesús María Vaca Álvarez., el señor apoderado de la parte demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por esta Sala el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

La Ley Procesal Laboral establece que la cuantía para la viabilidad del recurso de casación, debe ser superior a los ciento veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A su vez la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el valor del interés para recurrir en casación de la parte demandada, habrá de determinarse de acuerdo al monto de las condenas impuestas a dicha parte, y el de la parte demandante según el monto de las pretensiones que le han sido denegadas.

Ahora bien, las pretensiones que le fueron denegadas a la parte actora consisten en :” Se condene al pago del reajuste salarial por cada una de las vigencias del duración del contrato , despido sin justa causa, indemnización por despido injustificado, cesantías por el tiempo laborado las que no fueron consignadas a un fondo privado, intereses a las cesantías, al igual que el pago doble por sanción ante el no pago oportuno , prima de servicios, pago de compensación por las vacaciones a que tiene derecho, sanción moratoria ley 50 por no consignación de las cesantías, pago de dotación, calzado y vestido durante el tiempo laborado, sanción moratoria contenido en el art. 65 por no pago de prestaciones sociales al momento de la terminación del vinculo laboral, aportes al sistema de Seguridad Social y en pensión por todo el tiempo laborado, indexar las acreencias laborales en base al índice de precios al consumidor a partir de la fecha en que se causaron y hasta cuando se efectúe el pago y las costas del proceso.”

Procedió la Sala a establecer, con base en el salario mínimo mensual legal vigente de cada año, el valor de las prestaciones adeudadas y de la sanción por salario no consignación oportuna de cesantías, las cuales se discriminan así:

Año	Salario mínimo	Días	Cesantías	Intereses cesantías	Prima	Vacaciones	Moratoria cesantías
1985	\$ 13.558,00	360	\$ 13.558,00	\$ 1.626,96	\$ 13.558,00	\$ 6.779,00	
1986	\$ 16.811,00	360	\$ 16.811,00	\$ 2.017,32	\$ 16.811,00	\$ 8.405,50	
1987	\$ 20.510,00	360	\$ 20.510,00	\$ 2.461,20	\$ 20.510,00	\$ 10.255,00	
1988	\$ 25.637,00	360	\$ 25.637,00	\$ 3.076,44	\$ 25.637,00	\$ 12.818,50	
1989	\$ 32.560,00	360	\$ 32.560,00	\$ 3.907,20	\$ 32.560,00	\$ 16.280,00	
1990	\$ 41.025,00	360	\$ 41.025,00	\$ 4.923,00	\$ 41.025,00	\$ 20.512,50	\$ 492.300,00
1991	\$ 51.716,00	360	\$ 51.716,00	\$ 6.205,92	\$ 51.716,00	\$ 25.858,00	\$ 620.592,00
1992	\$ 65.190,00	360	\$ 65.190,00	\$ 7.822,80	\$ 65.190,00	\$ 32.595,00	\$ 782.280,00
1993	\$ 81.510,00	360	\$ 81.510,00	\$ 9.781,20	\$ 81.510,00	\$ 40.755,00	\$ 978.120,00
1994	\$ 98.700,00	360	\$ 98.700,00	\$ 11.844,00	\$ 98.700,00	\$ 49.350,00	\$ 1.184.400,00
1995	\$ 118.934,00	360	\$ 118.934,00	\$ 14.272,08	\$ 118.934,00	\$ 59.467,00	\$ 1.427.208,00
1996	\$ 142.125,00	360	\$ 142.125,00	\$ 17.055,00	\$ 142.125,00	\$ 71.062,50	\$ 1.705.500,00
1997	\$ 172.005,00	360	\$ 172.005,00	\$ 20.640,60	\$ 172.005,00	\$ 86.002,50	\$ 2.064.060,00
1998	\$ 203.826,00	360	\$ 203.826,00	\$ 24.459,12	\$ 203.826,00	\$ 101.913,00	\$ 2.445.912,00
1999	\$ 236.460,00	360	\$ 236.460,00	\$ 28.375,20	\$ 236.460,00	\$ 118.230,00	\$ 2.837.520,00
2000	\$ 260.100,00	360	\$ 260.100,00	\$ 31.212,00	\$ 260.100,00	\$ 130.050,00	\$ 3.121.200,00
2001	\$ 286.000,00	360	\$ 286.000,00	\$ 34.320,00	\$ 286.000,00	\$ 143.000,00	\$ 3.432.000,00
2002	\$ 309.000,00	360	\$ 309.000,00	\$ 37.080,00	\$ 309.000,00	\$ 154.500,00	\$ 3.708.000,00
2003	\$ 332.000,00	360	\$ 332.000,00	\$ 39.840,00	\$ 332.000,00	\$ 166.000,00	\$ 3.984.000,00
2004	\$ 358.000,00	360	\$ 358.000,00	\$ 42.960,00	\$ 358.000,00	\$ 179.000,00	\$ 4.296.000,00
2005	\$ 381.500,00	360	\$ 381.500,00	\$ 45.780,00	\$ 381.500,00	\$ 190.750,00	\$ 4.578.000,00
2006	\$ 408.000,00	360	\$ 408.000,00	\$ 48.960,00	\$ 408.000,00	\$ 204.000,00	\$ 4.896.000,00
2007	\$ 433.700,00	360	\$ 433.700,00	\$ 52.044,00	\$ 433.700,00	\$ 216.850,00	\$ 5.204.400,00
2008	\$ 461.500,00	360	\$ 461.500,00	\$ 55.380,00	\$ 461.500,00	\$ 230.750,00	\$ 5.538.000,00
2009	\$ 496.900,00	360	\$ 496.900,00	\$ 59.628,00	\$ 496.900,00	\$ 248.450,00	\$ 5.962.800,00
2010	\$ 515.000,00	360	\$ 515.000,00	\$ 61.800,00	\$ 515.000,00	\$ 257.500,00	\$ 6.180.000,00
2011	\$ 535.600,00	360	\$ 535.600,00	\$ 64.272,00	\$ 535.600,00	\$ 267.800,00	\$ 6.427.200,00
2012	\$ 566.700,00	360	\$ 566.700,00	\$ 68.004,00	\$ 566.700,00	\$ 283.350,00	\$ 6.800.400,00
2013	\$ 589.500,00	360	\$ 589.500,00	\$ 70.740,00	\$ 589.500,00	\$ 294.750,00	\$ 7.074.000,00
2014	\$ 616.000,00	360	\$ 616.000,00	\$ 73.920,00	\$ 616.000,00	\$ 308.000,00	\$ 7.392.000,00
2015	\$ 644.350,00	360	\$ 644.350,00	\$ 77.322,00	\$ 644.350,00	\$ 322.175,00	\$ 7.732.200,00
2016	\$ 689.455,00	360	\$ 689.455,00	\$ 82.734,60	\$ 689.455,00	\$ 344.727,50	\$ 8.273.460,00
2017	\$ 737.717,00	300	\$ 614.764,17	\$ 61.476,42	\$ 614.764,17	\$ 307.382,08	
			\$ 9.818.636,17	\$ 1.165.941,06	\$ 9.818.636,17	\$ 4.909.318,08	\$ 109.137.552,00
			TOTAL		\$ 134.850.083,47		

Teniendo en cuenta que solo con estas pretensiones de las que le fueron denegadas a la demandante se supera el monto de los ciento veinte salarios mínimos que exige la Ley Procesal Laboral para la viabilidad del recurso Extraordinario de Casación, cuantía que para el momento de la sentencia de segunda instancia era de \$120.000.040, la Sala concederá el recurso de casación interpuesto en este caso.

Por lo expuesto la Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el recurso extraordinario de Casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022), dentro del presente proceso.

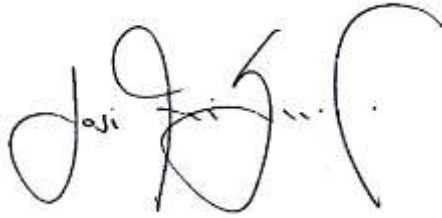
SEGUNDO: Ejecutoriado el presente auto, remítase el expediente a la mencionada Superioridad, dejándose las debidas constancias de su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA SUSTANCIADORA**

**ELVER NARANJO
MAGISTRADO EN PERMISO**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8
a.m. Cúcuta, 01 de Diciembre 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. 544983105001 2020 00071 00

Rad. Interno: 19561

Juzgado: Único Laboral del Circuito de Ocaña

DTE/ ANTONIO CRIADO GUERRERO

DDOS/ LUIS ERNESTO ROZO JAIME

YAMILE ESTHER ROZO JAIME

Tema: Auto Niega decreto de prueba

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

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra el auto de fecha 11 de octubre de 2021, proferido por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña dentro del proceso ordinario laboral presentado por el señor ANTONIO CRIADO GUERRERO contra los señores LUIS ERNESTO ROZO JAIME y YAMILE ESTHER ROZO JAIME.

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

I. ANTECEDENTES

El accionante, por medio de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de los señores LUIS ERNESTO ROZO JAIME y YAMILE ESTHER ROZO JAIME, solicitando, entre otras cosas, la declaratoria de un contrato de trabajo realidad con sus correspondientes consecuencias pecuniarias, demanda que fue debidamente admitida por el Juez A quo y en la cual se solicitó como prueba, el decreto de la inspección judicial a “la cabaña de recreo propiedad de los aquí demandados, en la cual mi poderdante prestó sus servicios como trabajador. Lo anterior, con el fin de que el Despacho pueda advertir las características de dicho predio, con lo cual se sustentará aún más la veracidad de la tesis planteada por el suscrito, corroborando que el predio en mención corresponde a un espacio característico de estratos socioeconómicos muy distantes de la realidad de mi poderdante, derivando ello en el hecho evidente que, al Sr ANTONIO CRIADO GUERRERO solo se le entregó en comodato una mínima parte del bien (la casa de mayordomo) y no la casa principal y sus zonas campestres, con el único fin de garantizar el correcto cumplimiento de sus labores como trabajador al servicio de los demandados, cuidando y velando por el mantenimiento y sostenimiento del inmueble”.

II. AUTO OBJETO DE APELACIÓN

En audiencia de trámite de fecha 11 de octubre de 2021, el Juez A quo negó el decreto de la inspección judicial solicitada, dado que consideró que *dicha intervención no era necesaria, a menos que el despacho advierta más adelante que sea necesario, para la resolución del proceso, ir a observar el predio denominado finca La Ermita, a fines de esclarecer la existencia o no del contrato de trabajo que se pretende se declare.*

III. RECUROS DE APELACIÓN

Tanto la parte demandante como la pasiva objetaron la decisión de juez, interponiendo el correspondiente recurso de apelación, fundamentando el primero su recurso, en el hecho que *no es una solicitud caprichosa, sino por el contrario obedece a que esta prueba se solicitó con la finalidad de ofrecer al juez la claridad y los argumentos suficientes, a partir de la apreciación que pueda realizar de primera mano; y es que el predio donde laboraba el demandante se trata efectivamente de una cabaña de recreación acoplada para tal fin y que de acuerdo con las reglas de la experiencia, una persona con la condición socioeconómica del demandante no ocuparía un lugar de estos, salvo que sea para realizar labores de mantenimiento y sostenimiento del predio en favor de sus dueños o usufructuarios.*

Por su parte, la pasiva manifestó tener interés en que se practique la prueba solicitada, ya que, a su juicio, es *de suma importancia para establecer los extremos de la litis y para mostrar la necesidad que se puede tener para contratar dos personas como mayordomos de una finca de esas características.*

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión, y una vez cumplido el término para presentar alegatos, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. 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 4º 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 niegue el decreto o la práctica de una prueba."

En la audiencia del artículo 77 del CPTSS, realizada el día 11 de octubre de 2021, el juez A quo procedió a decretar las pruebas solicitadas por las partes, negando la solicitud de inspección judicial realizada por la parte activa, al considerar que la misma no era necesaria para determinar la existencia o no del contrato de trabajo realidad entre las partes que se pretenden en el proceso.

Entonces, con el fin de resolver el problema jurídico planteado, considera la Sala necesario acudir al artículo 55 del CPTSS el cual establece que “cuando se presenten graves y fundados motivos o para aclarar hechos dudosos, el Juez podrá decretar inspección judicial, siempre que tal diligencia pueda cumplirse sin grave daño para las partes o los terceros, y sin obligarlos a violar secretos profesionales, comerciales o artísticos”, artículo del cual se desprende que es potestativo del juez decretarla, cuando determine que es necesaria para aclarar algún hecho dudoso, o cuando existan graves o fundados motivos para hacerlo.

Así mismo, se tiene que el numeral 4 del párrafo del artículo 77 del CPTSS, indica que en la audiencia de trámite el juez decretará las pruebas que fueren “**conducentes y necesarias**”; así mismo, el artículo 53 del mismo canon establece que “El juez podrá, en decisión motivada, rechazar la práctica de pruebas y diligencias **inconducentes o superfluas** en relación con el objeto del pleito”.

Frente a las pruebas superfluas y las pruebas útiles, el tratadista Hernán Fabio López Blanco¹ indicó que “se entiende por utilidad de la prueba el aporte que puede llevar al proceso para cumplir el fin de crear la certeza acerca de los hechos en el ánimo del funcionario judicial, en otros términos, el poder enriquecedor del convencimiento del juez que determinada prueba conlleva.

En este evento se parte del supuesto de que la prueba es conducente y pertinente pero, no obstante lo anterior, deja de ser útil por entrar al campo de lo que el art. 168 del CPG denomina como manifiesta superfluidad, por no ser ya necesaria para formar el convencimiento del juez, quien igualmente puede rechazar de plano su práctica, pues no va a ser enriquecedora del debate (...)” (subrayas fuera de texto).

CASO CONCRETO

En el presente caso, la parte demandante pretende la declaratoria de un contrato de trabajo realidad con los demandados, indicando que “fue contratado por los señores LUIS ERNESTO ROSO JAIME y YAMILE ROSO JAIME para desempeñar oficios varios, relativos al mantenimiento de la cabaña de recreo propiedad de estos últimos, la cual se encuentra ubicada en corregimiento ‘La Ermita’, jurisdicción de Ocaña”; alega en su demanda que “para el correcto desarrollo de las labores encomendadas a mi poderdante, le fue entregado en comodato un pequeño inmueble ubicado

¹ **LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio**. Código General del Proceso. Pruebas. Tomo 3, Dupre Editores, Bogotá, 11^a edición, 2012, Pág. 118

dentro del predio propiedad de los demandados, el cual consistía en una casa para mayordomo, en la que podría residir junto a su familia, mientras estuviera al servicio de estos”.

Así mismo, al analizar la solicitud de inspección judicial presentada por la parte activa, se encuentra que fue indicada su finalidad en la reforma a la demanda, en los siguientes términos:

(...) se sirva ordenar la realización de una inspección ocular a la cabaña de recreo propiedad de los aquí demandados, en la cual mi poderdante prestó sus servicios como trabajador. Lo anterior, con el fin de que el Despacho pueda advertir las características de dicho predio, con lo cual se sustentará aún más la veracidad de la tesis planteada por el suscrito, corroborando que **el predio en mención corresponde a un espacio característico de estratos socioeconómicos muy distantes de la realidad de mi poderdante,** derivando ello en el hecho evidente que, **al Sr ANTONIO CRIADO GUERRERO solo se le entregó en comodato una mínima parte del bien (la casa de mayordomo) y no la casa principal y sus zonas campestres,** con el único fin de garantizar el correcto cumplimiento de sus labores como trabajador al servicio de los demandados, cuidando y velando por el mantenimiento y sostenimiento del inmueble.

Igualmente, al revisar la contestación a la reforma de la demanda presentada por el señor LUIS ERNESTO ROZO JAIME, indicó en respuesta al hecho 2 que “la señora Olga lucia Rincón Bermúdez, esposa del demandante , firmó con la señora JULIETH LOBO ROZO, hija de la demandada, Yamile rozo Jaime, un contrato de comodato precario , ***respecto de una de las casas de habitación que existe en el predio citado (...)***” y en el hecho 3 que “es la verdad contractual y de ello existe prueba escrita en el proceso, que en el año 2009, la señora OLGA LUCIA RINCON BERMUDEZ, esposa del demandante, celebró con la señora YULIETH LOBO ROZO un contrato de comodato precario ***sobre una de las casas del predio denominado EL CAMPITO***”.

De lo anterior, es posible afirmar que, tal y como fue resuelto por el A quo, la práctica de la prueba solicitada resulta innecesaria para resolver los problemas jurídicos planteados dentro de la Litis, habiendo sido el primero de ellos el de determinar si entre las partes del proceso existió o no un contrato de trabajo; esto en la medida en que las probanzas aportadas por ambas partes resultan suficientes para ello.

Y es que según se indicó en la solicitud de la prueba, una de sus finalidades es demostrar que “el predio en mención corresponde a un espacio característico de estratos socioeconómicos muy distantes de la realidad de mi poderdante”, lo cual resulta a todas luces irrelevante para establecer la existencia o no de un contrato de trabajo realidad entre las partes, lo cual dependerá de que se prueben o no los elementos esenciales del contrato de trabajo, dándose aplicación, en principio, al artículo 24 del CST, y no del estrato socioeconómico del lugar de prestación del servicio alegado, ni del demandante.

Igualmente, se indica que se pretende demostrar que “al Sr ANTONIO CRIADO GUERRERO solo se le entregó en comodato una mínima parte del bien (la casa de mayordomo) y no la casa principal y sus zonas campestres”, lo cual ya es aceptado por la parte demandada en su contestación a la reforma de la demanda, al indicar que el demandante había suscrito un contrato de comodato precario ***respecto de una de las casas de habitación que existe en el predio citado***, lo que permite concluir que existían casas adicionales en la finca El Campito.

Así pues, considera la Sala que le atendió la razón al juez A quo en tanto denegó la prueba de inspección judicial peticionada, razón por la cual procederá a CONFIRMAR lo resuelto por el A quo en el auto de fecha 14 de octubre de 2014, esto sin perjuicio de las facultades oficiosas existentes en cabeza del juzgador del primer nivel, las cuales le permiten que, en el momento que lo considere necesario para llegar a la verdad real, decrete, la prueba aquí solicitada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por intermedio de su Sala de Decisión Laboral,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR lo resuelto por el A quo en el auto de fecha 14 de octubre de 2014 en el sentido de negar la solicitud de decreto de la prueba de inspección judicial

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

(EN PERMISO)

**ELVER NARANJO
MAGISTRADO**

Nidia Belén Quintero G.

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de Diciembre de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

RAD: 54-498-31-05-001-2020-00115-01

P.T. No. 19983

REF: ORDINARIO

DEMANDANTE: Heiner Jesús Ortega Gaona

DEMANDADO: Empresa de Servicios Públicos de Ocaña – ESPO S.A. ESP-.

Se requiere al demandante para que aporte al plenario copia de su documento de identidad, cual resulta necesario para resolver sobre el recurso extraordinario de casación por él interpuesto frente a la sentencia de segunda instancia proferida por esta Sala de Decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,


ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de Diciembre de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

AUTO INTERLOCUTORIO

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-498-31-05-001-2020-00260-01
PARTIDA TRIBUNAL: 19.980
JUZGADO ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA
DEMANDANTE: JAIRO ALFONSO ÁLVAREZ
DEMANDADOS: SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAE S.A.S y GERMAN ROBERTO FRANCO TRUJILLO
TEMA: RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA
ASUNTO: APELACIÓN

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandante, contra el auto de fecha veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiuno (2021), dentro del proceso seguido bajo radicado No. 54-498-31-05-001-2020-000260-01 y Partida del Tribunal No. 19.980 el cual fue instaurado por el señor Jairo Alfonso Álvarez contra La Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S. y Germán Roberto Franco Trujillo.

I. A U T O:

Desata la Sala el recurso de alzada propuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, referente a la decisión de fecha veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiuno (2021), proferida por el señor Juez Único Laboral del Circuito de Ocaña, dentro del proceso de la referencia y en el cual dispuso declarar probada la excepción previa de FALTA DE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA propuesta por la demanda Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S.

II. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

La alzada es procedente conforme a lo normado en el numeral 3º 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 decida sobre la excepción previa.

III. ANTECEDENTES:

El señor JAIRO ALFONSO ALVAREZ por intermedio de apoderado judicial, interpone demanda ordinaria laboral de primera instancia, pretendiendo se declare que la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES, SAE, S.A.S., y el señor GERMÁN ROBERTO FRANCO TRUJILLO incumplieron con las obligaciones establecidas a su cargo en el contrato individual de trabajo a término definido de fecha 1º de abril de 2016, en consecuencia, se condenen a los demandados a reconocer y pagar a su favor, la suma de ocho millones cuatrocientos mil pesos (\$ 8.400.000,00) correspondiente a la indemnización por terminación unilateral de contrato de trabajo a término definido sin justa causa; al pago de primas de toda índole causadas, equivalente al tiempo laborado por éste en el cargo de administrador del RESTAURANTE DON PEDRO JOSÉ en el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2016 y el 1 de noviembre de 2018, es decir, por un periodo igual a 930 días (31 meses). Al pago de las cesantías e intereses a la mismas relativas al periodo de servicios laborales prestados comprendido entre el 1 de abril de 2016 y el 1 de noviembre de 2018, es decir, por un periodo igual a 930 días (31 meses). vacaciones e indemnización de las mismas respectivas al periodo comprendido entre el 1 de abril de 2016 y el 1 de noviembre de 2018, al incremento salarial de los años 2017 y 2018, a la indemnización por no consignación de cesantías, al pago de las cotizaciones en salud y pensión, al pago de la indemnización moratoria del art. 65 del CST y las costas procesales causadas.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Programada la primera audiencia el día veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Juez A quo resolvió DECLARAR la excepción previa de falta de reclamación administrativa propuesta por la demandada SAE S.A.S., con fundamento en la disposición prevista en el art. 6º del CPT y SS, teniendo en cuenta que la sociedad demandada por su naturaleza es una SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuya *naturaleza es única*,

que indica que las mismas son creadas por el legislador de orden nacional y cuyo capital de aportes están constituidos por particulares y privadas independientes del porcentaje del Estado, es decir, sin importar la participación pública. Por lo que, consideró que se afecta de manera directa la competencia pues solo se adquiere cuando se halla reclamado ante la sociedad demandada.

IV. ARGUMENTOS DEL RECURSO:

El apoderado judicial del demandante inconforme con la decisión, interpuso recurso de reposición y apelación, alegando que la Sociedad demandada no es pública, tiene naturaleza de una sociedad privada que ejerce una actividad mercantil así tenga la tutela legal del Ministerio de Hacienda; que al no tener connotación pública ni por colaboración ni por su naturaleza, la normatividad no obliga a que se agote la vía gubernativa, menos aún, cuando no está vinculada directamente al proceso, como quiera que un particular suscribe contrato con el ahora actor.

V. CONSIDERACIONES:

Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto conforme lo dispone el numeral 3º del art. 65 del C.P.T. y de la S.S. modificado por el art. 29 de la Ley 712 de 2001.

Problema jurídico.

El objeto de la Litis se reduce a establecer si el Juez A quo se equivocó declarando la falta de reclamación administrativa ante la demandada Sociedad de Activos Especiales, SAE, S.A.S., al ser una Sociedad de Economía Mixta, o de lo contrario, si atendiendo su naturaleza no es procedente exigir el requisito de procedibilidad previsto en el art. 6º del CPT y SS modificado por el art. 4º de la Ley 712 de 2001, de acuerdo a lo señalado por el recurrente.

Normatividad Aplicable.

Ahora bien, respecto al requisito de procedencia de una demanda ante la justicia ordinaria laboral que impone el artículo 6 del Código de

Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, en sentencia de fecha 11 de abril de 2018 de la Corte Suprema de Justicia, sala laboral, radicado 62253 y ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz, se reitera el manejo conceptual de la reclamación administrativa de la que trata el referido artículo, de la cual en lo relevante se cita:

“...Esta Corporación estimó en sentencia CSJ SL, 13 oct. 1999, rad. 12221, reiterada en providencias CSJ SL, 24 may. 2007, rad. 30056, y CSJ SL13128-2014 lo siguiente:

‘El Código de Procedimiento Laboral dispone en su artículo 6° que “Las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma, o una institución o entidad de derecho social podrán iniciarse sólo cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente”. De manera, que antes de reclamarse ante los estrados laborales de la jurisdicción ordinaria alguna pretensión de orden social a cualesquiera de las anteriores entidades, se hace necesario que el interesado formule previamente su petición de reivindicación ante éstas. (...)

‘En cuanto a la naturaleza jurídico-procesal de la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa en el procedimiento laboral, si bien para explicar la misma se han construido varias tesis, tales como la de asimilarla a un requisito de la demanda, o de considerarla un presupuesto de la acción, o de calificarla como un factor de competencia, lo cierto es que la jurisprudencia de la Sala Laboral siempre que se ha ocupado del tema se ha inclinado por esta última, esto es, que la misma constituye un factor de competencia para el juez laboral, pues mientras este procedimiento preprocesal no se lleve a cabo el Juez del Trabajo no puede aprehender el conocimiento del conflicto planteado; además, esta calificación dada a la vía gubernativa encuentra sustento también en que el artículo 6° del C. de P. L., figura dentro de las normas de dicho estatuto procesal que regulan el fenómeno de la competencia en materia laboral.

‘Entonces, dado que la exigencia del artículo 6° del C. de P.L es un factor de competencia, y por ende un presupuesto procesal, la misma debe encontrarse satisfecha en el momento de la admisión de la demanda. (...)

‘De otro lado, como el fin último del agotamiento de la vía gubernativa es que la administración pública tenga la oportunidad de decidir de manera directa y autónoma si resulta procedente o no el reconocimiento de los derechos reclamados por el peticionario y de esta forma enmendar cualquier error que hubiera podido cometer sobre el particular, precaviendo a través del instrumento de la autocomposición un eventual pleito judicial...” (Subrayado propio).

Dicho esto, resta demarcar la forma en que debe agotarse esta reclamación administrativa, y bajo ese entendido, la Sala de Casación Laboral en su— sala de descongestión número 4-, de fecha 4 de julio de 2018, radicado 62351 y ponencia de la magistrada Ana María Muñoz Segura, se precisa en lo que nos interesa, lo siguiente:

“...Al respecto, conviene recordar el concepto de reclamación administrativa, contenido en el artículo 6 del Decreto-Ley 2158 de 1948, modificado por la Ley 712 de 2001, que establece:

Artículo 6. Reclamación Administrativa. Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta [...].

Se concluye del precedente expuesto, que no resulta exigible para que se entienda agotada la reclamación administrativa, la presentación de ningún tipo de recurso, bastando simplemente con la petición del derecho subjetivo que se considera le asiste, a la entidad responsable del cumplimiento de la obligación...”

La Corte Constitucional mediante sentencia C-792-06, por medio del cual analizó la exequibilidad del citado art. 6 del CPTSS, determinó que

“En el artículo 6º del C.P.L.S.S. se adoptó una modalidad especial de aseguramiento de la oportunidad para la autotutela administrativa, porque al señalarse que la reclamación administrativa cuyo agotamiento es presupuesto para ocurrir ante la justicia ordinaria laboral, consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, la sustrae del ámbito del agotamiento de la vía gubernativa previsto en el C.C.A. como requisito para que los particulares puedan acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa a demandar los actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto, para someterla a una regulación más general y sencilla, conforme a la cual, en todos los eventos en que se pretenda demandar a una entidad pública ante la justicia ordinaria laboral, un presupuesto de procedibilidad de la acción es esa previa reclamación administrativa.”

Esa Alta Corporación señaló respecto a las Sociedades de Economía Mixta en la sentencia C118 de 2018 lo siguiente:

En cuanto a la ubicación de las sociedades de economía mixta en la estructura de la administración pública, esta Corporación ha advertido que a pesar de su autonomía jurídica **están vinculadas a la Rama Ejecutiva del Poder Público**. Esta circunstancia tiene las siguientes implicaciones para dichas entidades: (i) son objeto de control fiscal, que se adelanta por la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo previsto en el artículo 267 Superior; (ii) están sujetas a control político, el cual es ejercido por el Congreso de la República, según el artículo 208 de la Constitución Política; (iii) la integración de sus órganos directivos se somete al régimen de inhabilidades previsto en los artículos 180-3, 292 y 323 de la Carta Política; (iv) se rigen por las reglas de la ley orgánica del presupuesto; y (vi) deben observar las normas de contabilidad oficial.

(...)

De acuerdo con la previsión del artículo 123 Superior, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que los empleados y trabajadores de las sociedades de economía mixta son servidores públicos. Asimismo, ha explicado que esa categorización no implica la determinación de un régimen jurídico específico, pues este aspecto no fue definido de manera explícita en la Carta Política y, por el contrario, su determinación se defirió al Legislador.

Como sociedad de economía mixta, es necesario presentar la reclamación administrativa cuando se pretende el reconocimiento de los derechos derivados de un contrato de trabajo, la Sala trae a colación el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007, según el cual dichas sociedades hacen parte de la administración pública:

3.2.2 La pertenencia de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva del poder público. En primer lugar, la Corte repara en que las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones (del Congreso, asambleas o concejos) de “determinar la estructura de la Administración.” Ciertamente, los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 tienen como elemento común el conceder facultades a esos órganos colegiados para ese concreto propósito.⁵ De donde se deduce que la Constitución incluye a las sociedades de economía mixta dentro de la “estructura de la Administración”.

Por su parte, el artículo 115 de la Constitución, que pertenece al Capítulo I del Título V, relativo a la Estructura del Estado, al señalar los órganos que conforman la Rama Ejecutiva del poder público, no menciona a las sociedades de economía mixta.⁶ Esta circunstancia, sin embargo, no significa que este tipo de entidades se encuentre por fuera de este concepto. Es decir, de la lectura del artículo 115 no es posible concluir que las sociedades de economía mixta no formen parte de la Rama Ejecutiva, y que sólo conformen “la estructura de la Administración”, según lo dispuesto por los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6, que se acaban de mencionar.

Estas consecuencias derivadas de la vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, hace posible concluir que, pese a su naturaleza jurídica específica, (regulación basada en las normas del derecho privado) no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal, amén del aporte público en la constitución del capital social y la consiguiente pertenencia a la administración pública, en la condición de entidades descentralizadas.

De esta manera, no es acertado sostener que la participación de particulares en la composición accionaria y la ejecución de actividades comerciales en pie de igualdad con las sociedades privadas sean motivos para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del Estado y de los controles administrativos que le son

propios y cuya definición hace parte de la potestad de configuración normativa de que es titular el legislador.

Adicionalmente, la vinculación a la Rama Ejecutiva implica que a pesar de que las sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas, gozan de autonomía jurídica, de todas maneras, no son organismos independientes, sino que están sujetas a cierto control por parte de la Administración central.

Caso en concreto.

De lo anterior, al revisar la página web www.saesas.gov.co se extrae que, la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAE S.A.S. es una sociedad por acciones simplificada de economía mixta, es de orden nacional y **está vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, de naturaleza única y está sometida al régimen de derecho privado. Fue constituida mediante escritura pública No. 204 del 6 de febrero de 2009 otorgada en la Notaría Sexta del Círculo de Pereira. Tiene por objeto administrar bienes especiales que se encuentran en proceso de extinción o se les haya decretado extinción de dominio en calidad de administrador del FRISCO. (Artículo 90 de la ley 1708 de 2014). Adicionalmente, en 2017 la Entidad fue designada como administradora del Patrimonio Autónomo con el objeto de realizar el inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC-EP en virtud del Acuerdo de Paz. (Decreto ley 903 de 2017, Decreto 1407 de 2017)

De acuerdo con lo analizado en precedencia, es claro para la Sala que la entidad demandada SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAE S.A.S., hace parte de la Administración Pública, tienen capital estatal y por ello, es obligado que se presente reclamación administrativa antes de presentar la demanda respectiva ante la jurisdicción ordinaria laboral, tal como establece el citado art. 6 del CPTSS, la ausencia de este requisito hace que se declare probada la excepción previa de falta de competencia.

De la misma manera, es importante señalar que no se pueden confundir los conceptos de entidades públicas que se rigen por el derecho público o el derecho privado según disposiciones legales y aquellas entidades que hacen parte de la Administración Pública, por su estructura legal y

de esta última es la connotación que trae el citado artículo 6 CPTSS, la cual gozan la entidad demandada en este asunto.

Así las cosas, la Sala encuentra ajustada a derecho la decisión tomada por el Juez A quo, en tal sentido, se CONFIRMARÁ el auto proferido por el Juez Único Laboral del Circuito de Ocaña en audiencia del 07 de septiembre de 2021.

Sin condena en costas en esta instancia.

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

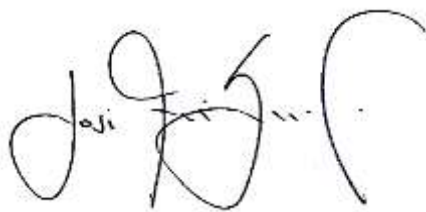
VI. R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiuno (2021), proferida por el JUZGADO ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA.

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente auto devuélvase la actuación al juzgado de origen para los fines pertinentes.

TERCERO: Sin condena en costas.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

(EN PERMISO)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-498-31-05-001-2020-00260-01
PARTIDA TRIBUNAL: 19.980
JUZGADO ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA
DEMANDANTE: JAIRO ALFONSO ÁLVAREZ
DEMANDADOS: SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAE S.A.S y GERMAN ROBERTO FRANCO TRUJILLO
TEMA: RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA
ASUNTO: APELACIÓN

Nidia Belén Quintero G.

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de Diciembre 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: 544983105001 2021 00021 00

Partida Tribunal: 19568

Juzgado: JUZGADO ÚNICO LABORAL DEL
CIRCUITO DE OCAÑA

Demandante: SORAIDA GUERRERO DURAN

Demandada (o): SKINET DE COLOMBIA S.A.S.
ESP

Tema: Contrato de Trabajo Realidad

Asunto: Apelación de Sentencia

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

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el día 22 de octubre de 2021 por el JUZGADO ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 544983105001 2021 00021 00 y Partida de este Tribunal Superior No. 19568 promovido por la señor MANUEL PARRA CAMACHO en contra del señor JUAN CARLOS CRUZ y la empresa SKYNET DE COLOMBIA S.A.S. E.S.P.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante, por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral pretendiendo que se declare que entre él y la empresa, existió un contrato de trabajo a término indefinido, que inició el pasado 13 de junio de 2016, hasta el 31 de diciembre de 2019, y en consecuencia se condene a los demandados al pago del reajuste salarial con el mínimo legal mensual vigente para una jornada de 4 horas diarias de lunes a viernes, de las prestaciones sociales, vacaciones y auxilio de transporte causados durante dicho contrato, a la sanción consignada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como de aquella consagrada en el artículo 65 CST y las cotizaciones al sistema de seguridad social integral.

II. HECHOS

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

1. Que laboró para la demandada desde el 13 de junio de 2016, hasta el 31 de diciembre de 2019 en el cargo de GESTOR O ADMINISTRADOR del kiosko Vive Digital en una jornada de lunes a viernes de 2 a 6 pm, con un salario mensual de \$200.000.
2. Que su empleador dio por terminado dicho contrato de manera unilateral y sin justa causa, sin que le cancelaran la liquidación de las prestaciones sociales causadas.

III. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Notificada de la admisión de la demanda presentada en su contra, la demandada dio formal contestación a la misma negando la existencia de un contrato de trabajo con la demandante, indicando que lo que existió fue un contrato de colaboración empresarial, vigente entre el 13 de junio y el 31 de diciembre de 2019, siendo las funciones aquellas alegadas por la señora GUERRERO DURÁN, las cuales desempeñó con total autonomía, sin cumplimiento de horario, siendo la misma contratista quien definía los tiempos para realizar sus actividades.

Indicó que SKYNET DE COLOMBIA SAS ESP y el FONDO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES del MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, llevaron a cabo dentro del periodo comprendido entre el 23 de diciembre de 2015 al 31 de diciembre del 2019, la ejecución del Contrato Interadministrativo de Aporte No 683 de 2015, con el objeto de beneficiar principalmente a sedes educativas, comunidades indígenas, guarniciones militares y parques nacionales del servicio de conectividad y planes de capacitación y formación en la región.

Que en virtud de este contrato interadministrativo se apoyó la creación de la figura de líderes comunitarios denominados como: ADMINISTRADOR, GESTOR O COLABORADOR EMPRESARIO; los cuales como es el caso de la señora SORAIDA GUERRERO DURÁN eran capacitados y formados como líderes en su comunidad para el manejo de las tecnologías de la información y Comunicaciones en Kioscos Vive Digital de zonas apartadas del país (ver Registro de capacitación de la señora SORAIDA GUERRERO DURÁN y certificado como contratista líder local de la señora SORAIDA GUERRERO DURÁN aportado al proceso); donde la actora producto del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, podía realizar la venta de servicios y adquirir adicional a los honorarios pactados, otros recursos económicos producto de la comercialización de servicios TIC como sustento económico y emprendimiento.

Que por tal motivo y fin, la actividad de la Gestora no estaba encaminada a una relación laboral, sino que, por la contraria tenía como objeto el apoyo social y económico de las personas de la región seleccionadas; a quienes, dentro de sus centros poblados, y al margen de su tiempo disponible prestarían sus servicios para dar cumplimiento a las obligaciones del contrato celebrado con SkyNet de naturaleza mercantil y realizar la venta de servicios TIC.

Como excepciones previas propuso las de PLEITO PENDIENTE, FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS Y PRESCRIPCIÓN, y como de mérito propuso las que denominó BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES QUE SE PRETENDEN DEDUCIR EN JUICIO A CARGO DE LA DEMANDADA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Único Laboral del Circuito de Ocaña, en providencia de fecha 22 de octubre de 2021, resolvió DECLARAR la existencia de una relación laboral entre la demandada SKYNET DE COLOMBIA S.A.S. E.S.P. en calidad de empleadora y la demandante SORAIDA GUERRERO DURAN como trabajador, cuyo contrato de trabajo se desarrolló desde el 16 de junio de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2019, y en consecuencia condenó a la pasiva al pago de:

- a. Cesantías: \$1.362.179
- b. Intereses: \$88.227
- c. Prima: \$735.235
- d. Vacaciones: \$367.617
- e. Salarios dejados de percibir: \$6.649.490
- f. Sanción conforme al parágrafo 2 del Art 65 del CST; esto es un día de salario por cada día de mora, equivalente a \$13.800 desde el 01 de enero de 2020 hasta que se cancelen las acreencias por prestaciones que se adeuda y que a la fecha asciende a \$8.985.058.
- g. Indemnización del Art 99 Ley 50/90 de un día de salario por cada día de mora, desde el 15 de febrero inclusive del año 2019 hasta el 31 de diciembre de 2019 por valor de \$3.710.899.

Para fundamentar esta decisión, el Juez A quo manifestó que de las obligaciones contenidas en el contrato de colaboración empresarial suscrito entre las partes, especialmente aquellas relacionadas con la apertura del kiosko y el hecho que el mismo debía funcionar en el horario que la institución educativa donde se ubicada, dispusiera, son muestras del cumplimiento de horario por parte de la demandante y por tanto, de la subordinación en el vínculo; así mismo, consideró que de la literalidad de la carta de finalización de dicho contrato de colaboración empresarial, se observa que la pasiva

utiliza términos alusivos a un contrato de naturaleza laboral, situaciones estas que lo llevaron a declarar el mismo.

VI. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA

La parte demandada se encontró en desacuerdo con lo resuelto por el A quo, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que se desconocen los parámetros establecidos en el artículo 23 para que exista un contrato de trabajo, esto en el entendido que se asume por parte del aparato judicial que existe un servicio prestado personalmente, así como una subordinación del trabajador, sin que se entienda que el espíritu del artículo 23 habla de que esta subordinación debe ser una subordinación continuada, lo cual se encuentra totalmente desvirtuado probatoriamente, encontrándose una figura jurisprudencial a la que los testigos han hecho relación y es la figura de la coordinación donde efectivamente existía una organización de las partes contratantes.

Que cuando se habla de una remuneración y se discute sobre las facultades que extiende el artículo 28 del código sustantivo del trabajo de percibir utilidades o pérdidas, se hace una interpretación indebida del artículo en el sentido de que el artículo reza y dice que el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, siendo bastante particular pensar que como era una venta de servicios, se considerara una utilidad directa a la empresa, pero no lo era y por ende es improcedente que el artículo 28 pueda servirle hoy a este pronunciamiento judicial de argumento para entender que existe una obligación.

Advirtió que en el certificado de existencia y representación legal y dentro de las alegaciones que se hizo en el escrito de demanda se habla de una competencia que debe analizarse, indicando que Skynet de Colombia es una entidad que hace parte del grupo corporativo de ETB SASP empresa del distrito, es decir es una empresa que tiene capital público, es una empresa que tiene un porcentaje de participación del Estado y que faculta que otro tipo de instancias sean las encargadas en realidad de tomar una decisión y una decisión bajo los parámetros que acá se están exponiendo.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandada presentó sus alegatos de conclusión, y una vez cumplido el término para presentar alegatos, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VIII. CONSIDERACIONES

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

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a lo manifestado por la parte demandada en su recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si existió un contrato de trabajo entre la demandante y la empresa SKYNET DE COLOMBIA, S.A.S., ESP desde el 13 de junio de 2016 y hasta el 31 de diciembre de 2019.

Así mismo, es menester advertir por parte de la Sala, que en virtud al principio de CONSONANCIA establecido en el artículo 66A del CPL, y como quiera que la pasiva, solamente fundamenta su inconformidad respecto a la existencia del vínculo laboral, la Sala, en el evento de encontrar acreditado el contrato de trabajo, se encuentra impedida para analizar y pronunciarse respecto a las concretas condenas impuestas en la sentencia de primera instancia.

CONTRATO DE TRABAJO

Procede entonces la Sala a determinar si en el presente caso existió, tal como la alega la parte activa y como fuera declarado por el A quo, un contrato de trabajo entre las partes, el cual fue disfrazado a través de un Contrato de Colaboración Empresarial, o si, como insiste la parte demandada, la relación entre las partes era exclusivamente de carácter comercial.

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 punto de la demostración probatoria que le corresponde a la trabajadora, ha de decirse que inicialmente deben encausar sus pruebas en aras de comprobar la prestación personal del servicio en favor de la demandada, lo que logra a través de la prueba documental aportada a folios 20 a 31 en los cuales se evidencia el contrato de colaboración empresarial suscrito entre la empresa SKYNET DE COLOMBIA, S.A.S., ESP y la señora SORAIDA GUERRERO DURÁN, el 13 de junio de 2016, para desempeñarse en el cargo de administrador o gestor del kiosko vive digital, habiéndose aportado igualmente la carta de finalización del vínculo a partir del día 31 de diciembre de 2019 (folios 32 y 33), lo que da cuenta de los extremos temporales de dicha prestación del servicio.

Así mismo, la empresa SKYNET DE COLOMBIA aceptó en su contestación que la demandante prestó sus servicios en las fechas alegadas, en virtud del

ya mencionado contrato de colaboración empresarial, negando, sin embargo, que el vínculo tuviese un carácter laboral, dada la autonomía con que contaba la demandante en la realización de las actividades para las que fuera contratada.

Entonces, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 24 del CST, se presume que entre las partes de esta Litis, señora SORAIDA GUERRERO DURÁN y SKYNET existió un contrato de trabajo, invirtiéndose la carga de la prueba recayendo en la parte demandada, la necesidad de demostrar que no existió subordinación en la relación de trabajo sostenida con la actora, demostrando el carácter autónomo e independiente de los servicios personales prestados.

Revisando entonces el material probatorio aportado a los autos, se observa que los documentos aportados no dan cuenta realmente de la forma en la que se desarrolló la relación existente entre las partes, y por tanto, no dan luz acerca de la naturaleza de la misma.

En su interrogatorio de parte, el señor **RODRIGO QUINTERO SÁNCHEZ**, en calidad de gerente de SKYNET COLOMBIA, S.A.S. ESP, explicó que la compañía celebró un contrato de aporte con el Ministerio, en el cual existía el cumplimiento de unas obligaciones de índole social de capacitar a la comunidad y llevar internet a las zonas más apartadas del país, dentro del componente social que tenía este proyecto, se debía capacitar a los llamados gestores y administradores de contrato; indicó que la compañía tiene relación con la señora Zoraida en la medida en que realiza una contratación comercial de esta persona para que ejerza el cargo de gestor en Norte de Santander, en un municipio que se llama la Playa; respecto a las obligaciones de estos gestores, indicó que ellos eran líderes de la comunidad y escogidos para ser capacitados en tecnologías de la información en las comunicaciones y que así mismo, ellos pudieran impartir su conocimiento en la comunidad, entonces tendrían que llevar algunos talleres, reuniones en los llamados kioscos vive digital, atender las consultas de la comunidad; que se les permitía a los gestores, dentro de este kiosco vive digital, realizar la venta de pines de internet y de hacer fotocopias con el uso de los equipos que se tenían dentro de la institución y el dinero recaudado sería de propiedad del gestor; que los precios de los pines estaban previamente determinados por el Ministerio y que ni la empresa ni el Ministerio se lucraban de la venta de los mismos.

Respecto del kiosco digital informó que se ubicaba dentro de una institución educativa; que esta parte física o estructural está en custodia y cuidado de la institución educativa, pero pertenece al proyecto del Ministerio; que los equipos para el funcionamiento del kiosco son de propiedad de SKYNET. Que las horas de disponibilidad para prestar el servicio eran determinadas por la institución educativa donde se ubicaba y el gestor; que no existía un “target” de horas mínimas de apertura del kiosco, sino que iba enfocado al cumplimiento de las obligaciones del componente social.

Explicó que el contrato de aportes tenía un componente social, que era la capacitación o formación de la comunidad que realizaban los gestores, que debía tener un mínimo de 20 horas semanales sin que se estableciera un

horario específico y hay un componente de operación y conectividad que se le daba a las instituciones para que estos puntos funcionaran.

Informó que en total tenían 640 kioskos; que la empresa hacía seguimiento del cumplimiento del contrato a través de un coordinador y se debían entregar unos informes por parte de los gestores.

Por su parte, la señora **SORAIDA GUERRERO DURÁN** explicó que sus funciones se relacionaban con la cultura digital, capacitación a la comunidad, relación de casos de éxito, incluir al usuario al portafolio y todo eso tenía que plasmarlo en el sistema; que las personas que participan en las actividades tenían que registrarlas en unos formatos que la empresa le enviaba, luego tenía que subirla al sistema con evidencias, fotos y vídeos; que esto lo realizaba cumpliendo un horario de 2 a 6 pm de lunes a viernes, el cual había sido informado por el coordinador Rolando Acevedo; informó que no podía ausentarse de su puesto de trabajo ni solicitar permisos, y que nunca lo hizo.

Explicó que el kiosko estaba ubicado dentro de una escuela; que en la mañana el profesor trabajaba con sus estudiantes y ella realizaba sus actividades de 2 a 6 pm todas las tardes; que el dinero de la venta de fotocopias y pines de internet entraban en su peculio personal pero que lo utilizaba para *“comprar las cosas para para arreglar el sitio del salón donde está ubicado el kiosko, porque tenía que comprar las cosas de aseo, o lo que era cartulina, vinilos, colores para hacer las actividades que ellos me enviaban, porque esos material se los enviaban ellos, solamente ellos me enviaban las resmas y el tóner”*; que ella le comentó eso al coordinador y él estuvo de acuerdo; que el coordinador iba cada tres meses a tomar fotos para ver en qué estado se encontraba el kiosko; que ella tenía que hacer ciertas actividades dentro del mes, pero que no existía un día determinado para realizarlas; que ella las hacía antes del día 15 de cada mes, las subía al sistema, y participaba por un obsequio de \$50.000, pero tenía que cumplir todas las metas.

Explicó que la empresa llamaba al kiosko una vez a la semana y a veces recibían llamadas de los técnicos con el fin de que verificaran si internet estaba funcionando o si había telefonía; que usaba un chaleco que tenía como identificación “gestoría kiosko vive digital”, así como un carnet.

Ahora bien, de los testimonios recaudados se logró obtener la siguiente información relevante:

- La señora Eliana Bayona Claro indicó que era gestora de vive digital, también atendiendo uno de los kioskos de Skynet, ubicado en el parque natural los Estoraques, que quedaba alejado del kiosko de la demandante; que prestaba su servicio de 2 a 5 pm; que ella tenía un coordinador, Rolando, que era quien les informaba el horario, qué actividades tenían que realizar, tenían que esperar las visitas de él, si había alguna queja, algún reclamo todo era con él.
- La señora Laura Esperanza Martínez, testigo solicitado por la pasiva, indicó que es la administradora de proyectos en la empresa SKYNET;

narró que existía un coordinador departamental del proyecto que realizaba una visita trimestral a cada kiosco y realizaban llamadas semanales con el fin de apoyar a las gestoras; que dichas llamadas las hacían algunas veces los miembros de las mesas de ayuda, o a veces la interventoría que tenían asignada por el Ministerio; que era a través del coordinador que los gestores enviaban sus “entregables”, que eran *“las evidencias que me permiten confirmar que personas se capacitaron, puntualmente, planillas de asistencia, fotos”*; que le entregaban chalecos del proyecto kiosco vive digital, carnet no, pero sí una identificación, pues si la comunidad buscaba podría identificar que Zoraida o los gestores eran los líderes, porque finalmente lo que buscaban eran líderes de la comunidad”.

Así las cosas, acreditada cabalmente la actividad desarrollada por la demandante, a favor de la SKYNET COLOMBIA, S.A.S. ESPS, es menester dar aplicación a la presunción consagrada en el artículo 24 del CST, de tal suerte que es al presunto empleador a quien le corresponde derribar la misma, demostrando con los elementos de juicio allegados al plenario, el carácter autónomo e independiente de la labor ejecutada, lo cual, no se avizora en el sub-examine, existiéndole plena razón al juzgador de primer nivel en declarar la existencia de un vínculo laboral.

En efecto, advierte la Sala, que en el sub-examine el cumplimiento de un determinado horario de labores, se constituyó en el elemento de juicio determinante para que el Juez A quo, declarara la existencia del vínculo laboral, y si bien no existe ninguna probanza que corrobore el dicho de la demandante respecto a que se le exigía asistir al kiosco de lunes a viernes de 2 a 6 de la tarde, conforme a la declaración de parte del representante legal de la sociedad demandada, se logró establecer que la señora SORAIDA GUERRERO DURAN, para el ejercicio de su actividad, **debía tener un mínimo de 20 horas semanales** para desarrollar el componente de operación y conectividad que se le daba a las instituciones para que estos puntos funcionaran, de tal suerte, que bajo esas condiciones sí existe una directriz específica por parte de SKYNET COLOMBIA SAS, respecto al tiempo y cantidad de trabajo impuesto a la demandante que acentúa la existencia del elemento subordinación en la ejecución del vínculo, máxime cuando dicha labor se ejecutó por un lapso de tres años, desarrollándose siempre la misma actividad, como administradora o gestora del kiosco vive digital.

De otro lado, se pudo establecer que además de la imposición de dicho horario semanal, la contratista tenía un puesto designado de trabajo, en el kiosco ubicado en la institución educativa del Municipio de la Playa **al cual debía dar apertura diariamente**, utilizando equipos y elementos propios de la sociedad SKYNET para la ejecución de su labor, amén de verificarse la existencia de una coordinación de las actividades efectuadas por la señora GUERRERO, con el fin de verificar el cumplimiento de obligaciones pactadas contractualmente, tal y como en ese sentido lo señala la testigo ELIANA BAYONA, quien al igual que la demandante desarrollo su labor como gestora del Kiosco vive digital en el parque natural los estoraques, advirtiéndole que

dicho coordinador les señalaba el horario a cumplir y las tareas que debían ejecutar.

Y es que si bien, tal y como lo ha sostenido la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, la existencia de un coordinador para la ejecución de las labores desarrolladas por el contratista, no esta vedada en desarrollo de un contrato de prestación de servicios, en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancias sobre esas sus obligaciones, tales potestades son desbordadas en el presente caso, pues como se advirtió la demandante, **ejecutó diariamente su labor**, haciendo la apertura y cierre del kiosko “vive digital” ubicado en la institución educativa del municipio de la Playa, en un horario semanal de obligatorio cumplimiento (20 horas semanales), actividades que fueron desarrolladas de la misma manera, **durante más de tres años** en un lugar de trabajo impuesto por la pasiva y utilizando elementos de su propiedad necesarios para la ejecución de la labor encomendada, aspectos particulares que en su conjunto, a juicio de la Sala, desvirtúan la existencia de una labor autónoma e independiente como lo alega la sociedad SKYNET, no quedando camino diferente para la Sala que CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada proferida por el día 22 de octubre de 2021 por el JUZGADO ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA.

Se condenará en costas en esta instancia a la pasiva, fijando como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (500.000.00).

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

IX. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada proferida por el día 22 de octubre de 2021 por el JUZGADO ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA, por las razones expuestas en la anterior motivación

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la sociedad demandada. Fijar como agencias en derecho a favor de la parte demandante la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (500.000.00).

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

**EN PERMISO
ELVER NARANJO
MAGISTRADO**

Nidia Belén Quintero G.

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 01 de Diciembre de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, Treinta (30) de Noviembre de dos mil veintidós (2.022)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-498-31-05-001-2021-00308-00
RADICADO INTERNO:	20.012
DEMANDANTE:	KEIVER JAVIER MORALES LUCENA
DEMANDADO:	HENRY MÁRQUEZ CARRASCAL

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala a decidir, dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 12 de agosto de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

El señor KEIVER JAVIER MORALES LUCENA, a través de apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral en contra del señor HENRY CARRASCAL MÁRQUEZ, solicitando que se declare la existencia de un contrato de trabajo del 10 de enero de 2018 al 18 de marzo de 2021, en el cual no se canceló de manera correcta el salario ni las prestaciones por lo que le adeudan \$15.901.352 de salarios, \$3.283.220 por primas de servicio, \$3.401.232 por cesantías, \$408.147 por intereses a cesantías, \$408.141 como sanción por el no pago de intereses a cesantías, sanción por la no consignación oportuna de las cesantías conforme al artículo 99 de la Ley 50 de 1990, \$3.283.220 por prima de vacaciones, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., indemnización por despido injusto, aportes parafiscales, acreencias generadas por la no renovación automática del contrato desde el 18 de marzo de 2021, intereses moratorio y aportes a pensión, solicitando indexación de las condenas.

Expuso como fundamento fáctico de sus pretensiones:

- Que, él señor KEIVER MORALES fue contratado verbalmente para adelantar labores de mecánico auxiliar por parte del señor HENRY MÁRQUEZ CARRASCAL, iniciando labores desde el 10 de enero de 2017 hasta el 18 de marzo de 2021 sin solución de continuidad, prestando sus servicios personalmente y recibiendo órdenes y salario por parte del demandado.

- Que, las actividades prestadas consistían en mantenimiento y reparación de vehículos de automotores, además, las actividades conexas y complementarias que se originan de la naturaleza del cargo de **MECANICO AUXILIAR**, las cuáles ejecuto personalmente y siguiendo las órdenes del demandado, bajo su supervisión y control, en horario desde las siete y treinta de la mañana (7:30 AM) a una de la tarde (1:00PM) y desde las dos de la tarde (2:00PM) a siete de la noche (7:00PM).

- Que, no se le garantizó el pago del salario mínimo correspondiente, pues desde el 10 de enero de 2017 hasta el 10 de septiembre de 2017 la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) m/c de forma semanal, lo que correspondía a seiscientos mil pesos (\$600.000) m/c de forma mensual; los siguientes dos meses ascendió a (\$160.000) m/c de forma semanal, lo que correspondía a seiscientos

cuarenta mil pesos (\$640.000) m/c de forma mensual; luego desde el 10 de noviembre de 2017 hasta el 10 de enero de 2018 la suma de ciento ochenta mil pesos (\$180.000) m/c de forma semanal, lo que correspondía a setecientos veinte mil pesos (\$720.000) m/c de forma mensual y desde el 10 de enero de 2018 al 18 de marzo de 2021, percibió la suma de doscientos mil pesos (\$200.000) m/c de forma semanal, lo que correspondía a ochocientos mil pesos (\$800.000) m/c de forma mensual.

- Que, adicionalmente el demandado le reconoció en 2017 un bono de \$200.000, en 2018 y 2019 bonos de \$300.000, y en 2019 y 2020 de \$350.000, que percibía en diciembre.

- Que, siempre utilizó equipos, instrumentos, herramientas y, en general, todo instrumento o elemento para desarrollar su labor de MECANICO AUXILIAR, los que fueron suministrados en su integridad por el demandado; sin que se le reconociera auxilio de transporte, seguridad social en salud, riesgos laborales, ni concedió vacaciones o canceló cesantías, intereses a cesantías, ni primas de servicio.

- Que, el demandado terminó el contrato el día 18 de marzo de 2021 sin justa causa sin el preaviso correspondiente y tampoco canceló liquidación final de prestaciones.

El demandado HENRY MÁRQUEZ CARRASCAL, a través de su apoderado judicial, dio contestación a la demanda manifestando:

- Que se opone a las pretensiones por cuanto no existió en ningún momento vínculo laboral entre las partes, señalando, que en todo caso existen dudas en los extremos reclamados.

- Señala, que no hubo la relación laboral, que el demandado refiere, pues el actor comenzó a asistir a HENRYCAR desde 2017 pero no recuerda las fechas sin que se constituyera entre ellos un contrato o relación laboral, nunca se le asignaron funciones, sino que llegó al establecimiento producto de un favor a un amigo, pero no a realizar labores de trabajador, ni se le canceló salario o bonos, realizando actividades sin ninguna supervisión o control.

- Que luego de un par de días en que no acudió el actor, señor MÁRQUEZ detectó la ausencia de unas herramientas que fueron hurtadas e instauró la denuncia respectiva ante la Fiscalía General por HURTO CALIFICADO POR CONFIANZA

- Propusieron como excepciones de mérito: prescripción, inexistencia de contrato laboral, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, y genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 12 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de una relación laboral entre el demandado, señor HENRY MARQUEZ CARRASCAL en calidad de empleador y el demandante, señor KEIVER JAVIER MORALES como trabajador, cuyo contrato de trabajo se desarrolló desde el 31 de diciembre del año 2018 al 15 de marzo de 2021, por lo dicho en las consideraciones.

SEGUNDO: En consecuencia, condenar al demandado a pagar a la demandante, las siguientes sumas de dinero, de conformidad con la parte motiva del fallo:

a. Cesantías: \$1.895.195,00

b. Intereses a las cesantías: \$227.423.00

- c. Sanción al doble por el mismo valor \$227.423.00*
- d. Prima de servicios: \$1.895.195,00*
- e. Indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, de conformidad con la parte motiva del fallo por valor \$20.190.000,00*
- f. Indemnización del art 65 del CST día de salario por cada día de mora desde el 16 de marzo de 2021 inclusive hasta cuando se realice el pago por valor de \$30.284,00 diarios.*
- g. El pago de los aportes a la seguridad social en el subsistema de pensión, de ser aceptado el señor demandante en el mismo, con base en el salario mínimo de cada época del período declarado y, el pago de los aportes a seguridad social en salud si se los exige la administradora del fondo de pensiones, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 100 de 1993.*

TERCERO: ABSOLVER al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra, dejando por probada de manera parcial la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.

CUARTO: CONDENAR al demandado al pago de las costas de primera instancia, correspondiente a las agencias en derecho de **UN** salario mínimo de este año, por lo anotado en la parte motiva.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que la fijación del litigio se centró en determinar si está demostrada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes como se alega en la demanda, resaltando los elementos generales del contrato de trabajo y los elementos particulares de este, conforme a los artículos 22 y 23 del C.S.T., e indicó, que en un proceso en donde se solicita la declaratoria de un contrato de trabajo, siempre se debe hacer uso del artículo 24 del Código Sustantivo Laboral, a partir del cual se presume que toda relación de trabajo se encuentra regida por un contrato de trabajo y se generan unas cargas en el juicio, correspondiendo al demandante acreditar la prestación personal del servicio al demandado para que por ministerio de la ley el juez entienda que la misma se encontraba regida por un contrato de trabajo y al demandado le genera la obligación de desvirtuar dicha presunción acreditando en juicio que dicha prestación personal del servicio no era a su favor o que a pesar de que la misma se daba, el vínculo o la relación que los unía no correspondía a un contrato de trabajo y que el demandante era autónomo e independiente en el desarrollo de sus labores; conforme se advierte en reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral.

- Preciso, que todas las pruebas recepcionadas en el curso del proceso, indicaron que el demandante prestaba el servicio de auxiliar de mecánica, mecánico o que se dedicó a eso en el taller de mecánica propiedad del demandado - HENRYCAR; como lo reconocieron HERMIDES PRADA y CARLOS LÓPEZ, por lo que se puede inferir la presunción de la existencia del vínculo laboral para que el demandado asumiera la carga probatoria de desvirtuarla. No obstante, el mismo demandado se refirió al demandante como que inició labores, que las herramientas utilizadas era de su propiedad, que cuando llegaba un vehículo o yo lo guiaba y ello da lugar a establecer la existencia de una relación laboral.

- Advierte, que, pese a no aceptarse un horario, no basta para descartar la existencia de un vínculo. Agrega que el demandado contestó que “casi no daba órdenes” al demandante y que se le pagaba por porcentajes.

- Igualmente, resalta que el testigo HERMIDES PRADA aunque niega la existencia de un horario agrega que varias veces le dijo al actor de buena manera que llegara a tiempo; que el señor HENRY fue quien le ofreció el trabajo y le pagaba los saldos, por lo que no fue desvirtuada la presunción y habrá de declararse el contrato de trabajo.

- Respecto de las pretensiones, señala que no se demostró trabajo suplementario ni que se le cancelara un pago inferior al mínimo mensual legal

vigente; sobre los extremos, advierte que el mismo demandado acepta que el 15 de marzo de 2021 fue a llevar a un familiar y cuando regresó no encontró al actor, que nunca más volvió. En cuanto a la fecha inicial no hay mucha claridad, excepto el testigo CARLOS LÓPEZ que lo vio allí durante el año 2018 y por ende, se tendrá que trabajó al menos desde el 31 de diciembre de ese año.

- Procede entonces a ordenar el pago de prestaciones por cesantías, primas, intereses a cesantías liquidadas sobre el salario mínimo mensual legal vigente, sanción por no pago de intereses a cesantías; niega la prima de vacaciones por ser una prestación propia de los servidores públicos y los pagos de parafiscales tampoco proceden a favor del trabajador. Igualmente no hay lugar a declarar renovación del contrato por haberse celebrado uno indefinido verbal que no da lugar a ese derecho. Sobre vinculación al sistema de seguridad social, solo procede el pago de aportes a pensión en caso de ser un migrante regularizado en su permanencia.

- Sobre las sanciones moratorias, la jurisprudencia ha señalado que estas dependen del actuar con buena o mala fe, pero no se aportó prueba alguna que permita establecer las razones por las cuáles se abstuvo de reconocer las prestaciones y por ende reconoció sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por un día de salario mínimo entre el 15 de febrero de 2019 al 15 de marzo de 2021 y la del artículo 65 del C.S.T., por un día de salario desde el 16 de marzo de 2021 hasta que se cancele lo adeudado. Absuelve en el caso de indemnización por despido injusto, al no demostrarse la ocurrencia de un despido y no proceden intereses de mora o indexación al haberse reconocido sanción moratoria.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1. De la parte demandada:

El apoderado judicial de la demandada interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que si bien son ciertas las connotaciones legales del contrato de trabajo, no son de recibo las valoraciones expuestas porque no se lograron demostrar los aspectos esenciales para aplicar la primacía de la realidad sobre las formas en este caso; expone que debió establecerse claramente la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración, sin que los interrogatorios de parte o testimonios permitieran vislumbrar la configuración de estos.

- Que sobre las indemnizaciones moratorias, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha anotado que ya no existe la presunción de mala fe, sin que la carga de la prueba exonere al demandado de acreditar la mala fe pero de ninguna manera hay una presunción aplicable en su contra conforme el artículo 83 de la Constitución. Por ende, no puede imponerse automáticamente esta condena y debe valorarse el acervo probatorio, para establecer si hubo razones para no proceder al pago de las mismas.

4. ALEGATOS

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

- **Parte demandante:** El apoderado del actor manifestó que acorde al fallo de primera instancia, los testimonios aportados pueden corroborar la relación laboral entre las partes entre el 31 de diciembre del año 2018 y el 15 de marzo de 2021; término en el que el actor cumplió plenamente con la prestación de servicios bajo subordinación y remuneración. Resalta que durante la audiencia quedó confesado por el demandado el elemento *intuito personae* por el que ejecutaba labores en el taller de su propiedad y que lo hacía siguiendo órdenes e instrucciones de este; por lo que solicita que debe mantenerse incólume la sentencia emitida.

- **Parte demandada:** El apoderado de la parte demandada expone que pese a la presunción legal del artículo 24 del C.S.T., esta admite prueba en contrario y en el proceso desarrollado evidenció que se desvirtuaron las características exigidas por la ley pues cualquier servicio desarrollado fue autónomo e independiente, siendo

débil el material probatorio que respalda el demandante y no se corresponde con la realidad; señala que las pruebas evidencian cómo el actor no cumplió con órdenes ni requerimientos, por parte del demandado, situaciones que brillaron por la ausencia de elementos facticos probatorios, pues ni documental ni testimonialmente se logró demostrar la completa subordinación. Que se debió analizar en profundidad las manifestaciones de los declarantes en la etapa probatoria, su nivel de escolaridad y vocabulario, para no adoptar literalmente las palabras utilizadas y comprender mejor el contexto de sus expresiones. Agrega que en todo caso los extremos temporales tampoco son identificables y que se aceptaron situaciones como que el actor decidía por su cuenta prestar servicios propios fuera del taller, resaltando que siempre actuó de buena fe pues inclusive el actor sustrajo herramientas ajenas sin que se impulsara proceso para evitar perjudicarlo.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER:

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

¿Se encuentra acreditada la existencia de un contrato de trabajo realidad suscrito entre el señor KEIVER JAVIER MORALES LUCENA como trabajador y el señor HENRY CARRASCAL MÁRQUEZ como empleador, del 31 de diciembre de 2018 al 15 de marzo de 2021?, en caso positivo, se determinará si hay lugar a las condenas reclamadas en la demanda.

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, procede la Sala a determinar si entre el señor KEIVER JAVIER MORALES LUCENA como trabajador y el señor HENRY CARRASCAL MÁRQUEZ como empleador, existió un contrato de trabajo realidad, entre el 31 de diciembre de 2018 al 15 de marzo de 2021, en virtud del cual, el demandado estaría obligado a reconocer las prestaciones sociales dejadas de percibir, así como la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, por el no pago de salarios y prestaciones al momento de finalizar el vínculo laboral y del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignación oportuna de las cesantías.

El juez *a quo* determinó, que con las pruebas aportadas, la parte demandante acreditó la prestación de servicios a favor del demandado como mecánico o auxiliar de mecánica en el taller de su propiedad, HENRYCAR, usando las herramientas proveídas y siguiendo sus instrucciones, sin que el demandado desvirtuara la presunción en favor del actor; por lo que accedió a las condenas prestaciones reclamadas de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, aportes en pensión y a las moratorias por no pago de prestaciones y no consignación de cesantías, absolviendo de las demás pretensiones.

Decisión frente a la cual presentó apelación la parte demandada, señalando, que no está conforme con la valoración probatoria dada a los elementos esenciales del contrato de trabajo a través del interrogatorio y los testimonios; así mismo, solicita se revoquen las sanciones moratorias por no haberse analizado debidamente la buena o mala fe del demandado.

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

Por su parte, el artículo 24 del C.S.T., subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990, enseña que “...*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida*

por un contrato de trabajo”, pues una vez reunidos los tres elementos anteriores, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen, no obstante, esta presunción admite prueba en contrario.

Esta presunción legal opera a favor del trabajador y, por consiguiente, demostrada la prestación del servicio, es a cargo del empleador desvirtuarla. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en diferentes oportunidades, entre estas en la Sentencia de 13 de diciembre de 1996, donde precisa, que el artículo 24 no consagra un derecho sino una regla de juicio que afecta la carga de la prueba en el proceso laboral, esto es, se trata de una instrucción a los jueces laborales, relevando al trabajador de acreditar el elemento de la subordinación pues esta se presume y toda prestación de una actividad personal a favor de otra persona, natural o jurídica, debe entenderse en principio como laboral a menos que el empleador desvirtúe que hubo dependencia.

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

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

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

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

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

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

Con el fin de resolver el problema jurídico antes expuesto, la Sala observa que dentro del expediente se aportaron como pruebas a fin de acreditar la prestación y ejecución de servicios, las siguientes:

- Certificado de matrícula mercantil de persona natural de HENRY MÁRQUEZ CARRASCAL, donde se le identifica como propietario del establecimiento CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR HENRYCAR, matriculado en el

año 2000 y con renovación en 2021, cuya actividad principal es el mantenimiento y reparación de vehículos, motocicletas, comercio de partes y lubricantes para vehículos.

- Interrogatorio de parte del demandado HENRY CARRASCAL, quien manifestó ser el propietario del taller HENRYCAR pero aclaró que el local no es suyo, solo las herramientas y el comercio; acepta conocer al demandante, porque hace tiempo estuvo trabajando en su taller, como mecánico. Al ser cuestionado como lo contrató, señaló que unos amigos lo recomendaron, que era venezolano y ellos respondían por él; que acordaron que sería mecánico automotriz, cuadrando por porcentaje de 50-50. Que no cumplía horario, aunque si llegaba tarde indicaba la razón, pero salía cuando creía conveniente. Que a veces le cancelaban a uno o al otro, pero después de un tiempo ya recibía directamente él, cancelándole por trabajo la proporción. El demandado acepta que era dueño de la herramienta. Que el 15 de marzo de 2021 llegó a las 7 y cuarto, mientras KEYNER hacía aseo en su lugar de trabajo él tuvo que salir con un familiar y cuando regresó no lo vio, nunca se volvió a presentar, conociendo el miércoles que lo vieron trabajando en otro taller y ahí al revisar su espacio, se percataron que se había llevado la herramienta. Al cuestionarlo le dijo que los necesitaba, que volvía pero no fue así. Que si bien interpuso una denuncia, no es de su interés perjudicarlo porque sabe de sus hijos y quiso actuar de buena fe. Afirmó que él le enseñó parte de la mecánica que aplicaba, que cuando llegaba un vehículo el actor ya sabía qué hacer, o él lo guiaba y luego él ya sabía, de manera que el cliente llegaba y lo buscaba.
- Testimonio el señor LEONARDO SARABIA PALACIOS, manifestó que es propietario de un almacén de repuestos en el municipio de Ocaña desde hace año y medio, antes laboraba en un almacén llamado Autochevrolet Ocaña. Que conoce a Keyner como mecánico por venderle repuestos, hace como cuatro o cinco años, igualmente a Henry lo conoce por la misma razón. Expone que conoció a Keyner trabajando en el taller de Henry, porque cuando iba a entregar domicilios allá lo observó trabajando. No presenció una entrega de orden directa. Al ser cuestionado sobre la propiedad de las herramientas, indica no saber y tampoco si le pagaban los clientes o el señor Henry, ni la forma en que funcionaba internamente el taller, que a veces entregaba el domicilio a Keyner o a Henry. Respecto del tiempo que duró esa relación, aunque lo conoce hace 4 o 5 años, no tiene claro cuánto tiempo trabajo allá pero fueron más de dos años.
- Testimonio rendido por el señor CARLOS LÓPEZ SANTIAGO, quien manifestó ser mecánico, conoce a Keyner porque hace 16 años que labora en el taller de Henry y el demandante llegó al taller hace como dos años, la fecha no la recuerda bien pero ya estaba en el año 2018, a principios, hasta finales del año pasado. Que no lo identificaba como trabajador, propiamente, sino que se le hizo un favor porque no tenía de qué comer y un cliente lo relacionó, primero llegó a ayudar como haciendo aseo lo que le pagaba Henry y luego poco a poco fue demostrando que sabía hacer en mecánica, explicando que ellos realizan labores en el taller y cobran el 50 por ciento de lo que paga el cliente, pero él no se considera un trabajador de Henry. No tienen que cumplir horario, ni exige trabajar domingo, incluso si surge esta necesidad se le informa para que le pida abrir al celador. Respecto de órdenes, señala que prácticamente no le daba órdenes, pues el cliente busca al mecánico y casi siempre le pagan directamente, dándole su proporción a Henry. Que sus herramientas sí son de él, pero en el caso de KEINER, llegó sin nada. Que el actor realizaba algunas labores externas por fuera de HENRYCAR. Señala que no presenció regaños o requerimientos, ni que tuviera que pedir permiso, que el pago de los trabajos era inmediato y no se acumulaban mensualmente. Considera que en el desarrollo de la labor todo es autónomo porque el mecánico sabe que hacer, pero a veces se dan instrucciones de cómo hacer la labor, pero que no es como una empresa donde alguien le dice que hacer.
- Testimonio rendido por HERMIDES PRADA ALVAREZ, quien expresó ser mecánico en HENRYCAR desde hace 20 años en 2002, donde conoció a KEYNER pues inicialmente llegó recomendado, comenzó haciendo aseo y

poco a poco fue ejerciendo de mecánico porque afirmó que conocía de frenos, por lo que Henry lo mantuvo un tiempo así para conocerlo, pero luego comenzó a trabajar como ellos de a porcentaje, donde cada uno trabaja independiente y reconoce al señor Henry un porcentaje, comprometiéndose a dar la cara y no dejar el trabajo botado para perjudicar al demandado. Que cada mecánico tiene alguna herramienta, pero las máquinas si son de Henry, quien de su porcentaje cancela los mantenimientos, servicios y celador. Sobre la garantía del arreglo, señala que cada mecánico responde aunque Henry si vigila porque es su nombre. Niega que tengan que cumplir horario, incluso no iba o llegaba después de hacer labores externas por su cuenta. Respecto de la terminación, refiere que cada cual tenía su puesto y el demandante estaba dejando de ir, poco a poco dejó de ir y se llevaba herramienta, hasta que no volvió, pero nadie lo echó ni lo trató mal. Explica que hay clientes que los buscan directamente por conocerlos, pero a veces llegan con Henry e indica quien lo puede atender, nadie debe pedir permiso para ausentarse y la relación con el demandado es siempre cordial, sin inconvenientes ni imposiciones. Respecto del tiempo aproximado, señala que pudo haber sido dos años desde 2019, no conoce la fecha exacta.

Conforme a esta relación probatoria, reitera la Sala, que para la existencia de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., la actora debió acreditar la prestación personal del servicio y los extremos laborales, para de esa forma trasladar a la parte demandada la carga de probar que no existió subordinación. Respecto de la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación N.º 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, se refiere las facultades del juez recordando que:

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

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, esta Sala procederá a analizar si las conclusiones del a quo fueron acertadas respecto a que el demandante demostró la prestación del servicio y la parte demandada no desvirtuó el elemento de la subordinación, como le correspondía acorde a las reglas de la carga de la prueba, alegando el apelante que hubo indebida valoración de los testimonios y el interrogatorio de parte, en cuanto estos no demostraron los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

Procediendo la Sala a resolver, si le asiste razón al apelante, bajo los citados parámetros legales y jurisprudenciales, debe señalarse que no existen dudas sobre la prestación de servicios del señor KEYNER MORALES en favor del señor HENRY CARRASCAL en las instalaciones del establecimiento de comercio de su propiedad, HENRYCAR. Situación que está debidamente acreditada por la confesión del mismo demandado, quien de manera clara y sin duda, afirma que el actor le fue recomendado por un cliente, que le indicó su estado de necesidad y acordaron que ejercería labores en el taller. Lo que fue confirmado por el dicho de los testigos, quienes afirmaron que KEYNER MORALES llegó recomendado por un cliente, indicando que era un venezolano que estaba necesitado y por eso HENRY lo mantuvo en el taller, primero haciendo aseo y luego ejerciendo como mecánico.

Demostrada así plenamente la actividad personal del trabajador a favor de la parte demandada, no es necesaria la acreditación de la subordinación pues en dicho evento aplica a su favor, la presunción legal y es al demandado, a quien le corresponde demostrar que el servicio no se prestó bajo un régimen laboral; así lo recuerda la Sala de Casación Laboral en providencia SL3435 de 2022, al indicar que *“debe recordarse que toda presunción, en su esencia más básica, se funda en que, a partir de un hecho conocido, se da por establecido uno que se desconoce, por ende, bajo esta estructura el artículo 24 del CST, exige que el accionante pruebe la prestación personal del servicio y con fundamento en la demostración de esa premisa, se da por*

cierto que existió un contrato de trabajo, lo que implica una ventaja probatoria para quien pretende se declare la existencia de un vínculo laboral e, invierte la carga de la prueba, pues en ese escenario, corresponde al empleador demostrar la autonomía en el desarrollo de la actividad”.

Por ende, no se evidencia que hubiera partido de error el juez *a quo*, dado que las pruebas arrojan con claridad la prestación de servicio del actor a favor del demandado y por lo tanto, resta determinar si los testigos arrojan suficiente convencimiento sobre que dicha relación no se dio bajo subordinación jurídica, sin que para este aspecto sea posible valorar de fondo el interrogatorio de parte; respecto de lo cual, cabe recordar que las manifestaciones del demandado en su interrogatorio solo se constituyen en medio de prueba si son adversas a su situación.

Conforme al artículo 191 del Código General del Proceso, para tener la confesión de parte como tal, esta requiere capacidad del confesante para hacerla y poder dispositivo del derecho resultante, que verse sobre hechos que le produzcan consecuencias jurídicas adversas o favorezcan al contrario, que recaiga sobre hechos que la ley no exija otro medio de prueba, que sea una manifestación expresa, consciente y libre, que verse sobre hechos personales o de los que tenga conocimiento y que se encuentre debidamente probada la manifestación.

Además, la Sala de Casación Laboral ha agregado sobre la valoración de este medio de prueba que la confesión *“es indivisible y debe aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe, es decir que lo manifestado debe analizarse de manera integral”*. (Sentencia SL552 de 2019)

Para este caso, las manifestaciones del demandado aceptan claramente la prestación de servicio del actor en las instalaciones de su propiedad y que estas se dieron con su connivencia; no obstante, la existencia de subordinación propiamente dicha no fue objeto de una confesión tan clara y admisible para efectos de aplicar este medio de prueba, pues siempre realizó aclaraciones a su dicho respecto de ausencia de órdenes, de horario, de pagos de proporciones y no salario. Pero estas aclaraciones no son prueba en su propio beneficio, por lo que no son medio válido para desvirtuar la subordinación.

Sobre la forma de valorar testimonios, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1229 de 2022 explica:

“Respecto de la forma en que debe valorarse la prueba testimonial, los Códigos General del Proceso y Procesal del Trabajo establecen dos reglas en particular: el primero de ellos, en el artículo 221.3, le impone al juez el deber de interrogar a la persona sobre «la razón de la ciencia de su dicho con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento. Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el juez ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance». Y el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo resalta que, recabados todos los medios de prueba (incluidos los testimonios), el juez debe analizarlos en conjunto y definir si con ellos es posible llegar al convencimiento de los hechos ocurridos. Todo esto «inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes».

Uno de los fines de estas reglas probatorias es el de lograr que los hechos narrados por un testigo y las circunstancias en que ocurrieron, lleguen al conocimiento del juez de la manera más fiel a cómo acontecieron en la realidad y por tanto, impedir que, por el proceso de comunicación a que se encuentra sometida una declaración como la del testigo de oídas, se distorsione esa realidad, puesto que, es evidente que el relato de los hechos que realizará esta clase de declarante, no se referirá a supuestos fácticos respecto de los cuales tuvo conocimiento de manera directa, sino a través de referencia o transmisión que otro hubiere tenido sobre los mismos hechos. Dicho en términos sencillos, un testigo de oídas es aquel que narra lo que otra persona le relata sobre unos hechos y, por lo tanto, lo que puede acreditar, en últimas, es solo la existencia de ese relato.”

Acorde a lo anterior, estima la Sala que el testimonio del señor LEONARDO SARABIA no aporta conocimiento más allá de ratificar la prestación personal del servicio ya

confesada y verificada, por la cual el actor ejercía labores de mecánico en el taller del demandado. Respecto del alcance de lo expuesto por los testigos de la pasiva, CARLOS LÓPEZ SANTIAGO y HERMIDES PRADA ÁLVAREZ, se puede destacar que son enfáticos en explicar, que la forma de trabajar como mecánicos que usualmente se ejecuta con el señor HENRY MÁRQUEZ, por el cual acuerdan utilizar el taller donde este mantiene algunas máquinas y elementos para disponer, pero también aportan su propia herramienta, atendiendo clientes por su cuenta para dividir el pago con el propietario del local, de manera que desde su perspectiva no se consideran clientes.

Ahora bien, resalta la Sala que este panorama general no coincide con la situación que los mismos testigos expusieron sobre el demandante; quien a diferencia de ellos no ingresó como un mecánico directo a pago sobre proporción, sino que inicialmente ejerció labores de aseo a órdenes del demandado, luego poco a poco se fue introduciendo en labores de mecánica pero carecía de sus propias herramientas y dependía de lo que le enseñaran en cada oportunidad e inclusive concluyen que fue poco a poco dejando de ir cuando ya tenía más experiencia, por lo que mal podría inferirse que llegó a tener el mismo trato que los dos testigos. De lo que se deriva, que estas declaraciones realmente no sirven para desvirtuar el elemento de subordinación, dado que analizadas a profundidad, realmente permiten establecer las diferencias en el trato entre mecánicos de mayor experiencia en comparación con el actor, que recién empezaba cuando ingresó a ese taller.

Se debe tener en cuenta que toda decisión judicial debe estar debidamente fundada a través de la inescindible relación entre los elementos fácticos con el material probatorio que genere la suficiente persuasión de credibilidad para que se configuren y resulten aplicables los presupuestos normativos que persigue el actor; de manera que al demandante correspondía acreditar la prestación del servicio, como efectivamente logró, para que el demandado tuviera la carga probatoria de desvirtuar el elemento de subordinación, pero analizadas las pruebas practicadas no se logró desestimar la naturaleza laboral de los servicios prestados y por ello, habrá de confirmarse la decisión que reconoció el contrato de trabajo entre las partes.

Ahora bien, no fue objeto de discusión por la parte demandada lo correspondiente a extremos procesales ni la liquidación de las prestaciones impuestas, sin que los alegatos de conclusión sean el escenario procesal para adicionar inconformidades no señaladas en el recurso de apelación; por lo que procede la Sala a establecer los argumentos del demandado destinados a que se revoquen las sanciones moratorias, alegando que hubo indebida apreciación de la buena fe para imponerla.

De conformidad con el artículo 65 del C.S.T., *“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.”*

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

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

de ésta emerge la buena fe para exonerar al empleador; esta noción que rechaza la aplicación automática de la indemnización moratoria se extiende a la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, indicando la Sala de Casación Laboral en sentencia SL3492 de 2018, que *“para su imposición el fallador debe analizar la conducta del empleador a efectos de establecer si la omisión en la consignación de las cesantías estuvo revestida de buena fe de parte aquel para, de esta manera, proceder a eximirlo de su pago”*.

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

Sobre la forma de valorar la mala fe, la sentencia SL11436 del 29 de junio de 2016 (Rad. 45.536 y M.P. GERARDO BOTERO) hace un recorrido sobre los precedentes que debe seguir todo funcionario judicial al estudiar la imposición de la indemnización moratoria; destacando que el simple desconocimiento del contrato de trabajo al contestar no sirve para absolver al empleador, ni la declaración genera automáticamente la condena a favor del trabajador pues *“se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria sobre las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del vínculo”* para definir la buena o mala fe.

Algunos elementos a tener en cuenta son la conducta del empleador, tanto en el desarrollo de la relación como con su finalización, esto es, *“en relación a los actos y comportamientos del empleador moroso que permitan descalificar o no su proceder”*, recordando que en decisiones previas se dieron algunos parámetros como la necesidad de evaluar *“si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no pagarlos”*, también si *“éste tuvo razones serias y atendibles, que le generaron el convencimiento sincero y honesto de no deber, o que justifiquen su incumplimiento”*.

En el presente caso se tiene que el juez *a quo* afirmó no encontrar demostrada ninguna justificación por la cual el demandado se abstuviera de reconocer las prestaciones sociales al trabajador demandante y que ello bastaba para imponer esta condena; no obstante, asiste razón al apelante en su reclamo, dado que es necesario auscultar el resultado de la actividad probatoria para establecer si realmente la actitud de la parte demandada y su conducta durante la relación con el actor, estuvo enmarcada en una intención defraudatoria, con comportamientos de aprovechamiento indebido frente al trabajador o si realmente actuó bajo el convencimiento de no deberle acreencias laborales.

Advierte la Sala que acorde al panorama expuesto por los testigos, el señor HENRY MÁRQUEZ CARRASCAL decidió ayudar al actor cuando le fue presentado por un cliente y le informó sobre su estado de necesidad, por lo que decidió darle la oportunidad de iniciar en su taller, le proveyó herramientas e instruyó en labores de mecánica; son coherentes los testigos CARLOS LÓPEZ SANTIAGO y HERMIDES PRADA ÁLVAREZ al exponer que esta situación no era natural en el taller, donde normalmente acudían mecánicos ya conocedores de su labor, pactaban directamente con el señor HENRY una proporción para utilizar las instalaciones y algunas de sus máquinas y herramientas, sin que entre ellos se entendiera que surgiera una relación laboral.

Por lo anterior, puede derivarse que el aquí demandado creyera de buena fe que estaba iniciando el mismo tipo de trato y relación con el demandante, actuando siempre con la convicción de que no estaban atados por un contrato de trabajo, por lo cual omitió el pago de prestaciones y de consignación de cesantías; sin que se demostrara que, durante el término de la misma, el actor reclamara los mismos o surgieran actos expresos con la intención de defraudar, que permitan inferir una mala fe en el demandado que amerite la imposición de las sanciones moratorias.

En consecuencia, se declarará probada la excepción de buena fe y se revocarán los literales e y f del numeral segundo de la parte resolutive de la providencia apelada,

para en su lugar absolver al demandado de las pretensiones de indemnizaciones moratorias.

Finalmente, al prosperar parcialmente la apelación se condenará en costas a la parte demandada de manera parcial, fijando como agencias en derecho de segunda instancia el equivalente a medio salario mínimo legal vigente a favor del demandante.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los literales e y f del numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia del doce (12) de agosto de dos mil veintidós (2.022) proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña; en su lugar, **DECLARAR** probada la excepción de buena fe y **ABSOLVER** al demandado de las pretensiones de indemnizaciones moratorias, de acuerdo a lo explicado en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la providencia apelada, acorde a lo expuesto previamente.

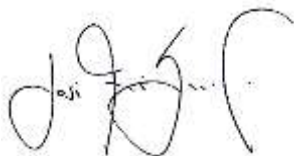
TERCERO: CONDENAR PARCIALMENTE EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada, fijando como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal vigente a favor del demandante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

(En permiso)
ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 136, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 1 de diciembre de 2022.



Secretario