

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Cúcuta, diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020)

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2015-00686-01

Partida Tribunal: 18579

Demandante: Edgar Ramírez Pernía y otros

Demandada (o): Aseo Urbano y otros

Los doctores RAMIRO URBINA DELGADO y LUIS CARLOS HERNÁNDEZ PEÑARANDA, actuando como apoderados judiciales de los demandantes y de la demandada ASEO URBANO, respectivamente, dentro del proceso de la referencia, manifiestan en escrito enviado a la secretaría de esta Sala vía correo electrónico de fecha 3 de agosto de 2020, que presentan desistimiento del recurso de apelación interpuesto contra la providencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 12 de marzo de 2019, sin que este Despacho haya resuelto aún sobre éste.

Por lo expuesto el suscrito Magistrado,

R E S U E L V E

1° ACÉPTESE el desistimiento del recurso de apelación presentado por los apoderados judiciales de las partes demandante y demandada dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, según consta en memorial recibido vía electrónica por la Secretaría de esta Sala el 3 de agosto de 2020. Lo anterior con fundamento en el artículo 316 del C.G. del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S.

2° No condenar en costas.

3° Ejecutoriado el presente auto ordénese la devolución del expediente al Juzgado del conocimiento para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 065, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.
Cúcuta, 20 de agosto de 2020.



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 del Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2017-00535-00

Partida Tribunal: 18402

Demandante: YOHON ALEXANDER ROSERO MONCAYO

Demandada (o): ARROZ BRILLANTE

Tema: CONTRATO DE TRABAJO

Ref.: APELACIÓN DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020)

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 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 16 de noviembre de 2018, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-004-2017-00535-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 18402 promovido por el señor YOHON ALEXANDER ROSERO MONCAYO contra la empresa ARROZ BRILLANTE 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

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, presenta demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare que existió una relación de trabajo a término indefinido con la empresa ARROZ BRILLANTE SAS desde el 01 de octubre de 2014, en el cargo de empacador y harinero, la cual terminó el 30 de julio de 2016 por causal imputable al empleador, y en consecuencia, se ordene a este a reintegrarlo a su puesto de trabajo, a pagar los salarios dejados de percibir desde su despido y hasta el reintegro, así como las prestaciones sociales causadas durante el contrato existente, la indemnización equivalente a 180 días de salario de que trata el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, las de los artículos 64 y 65 del CST, los aportes a seguridad social que no hubieren sido cancelados y la indexación de las sumas a que sea condenada la pasiva.

II. HECHOS

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

1. Que inició un contrato laboral de forma verbal a término indefinido desde el día 01 de octubre de 2014 en el cargo de empacador y harinero, con un salario el \$800.000 mensual.
2. Que el 30 de julio de 2016, mientras realizaba sus actividades de forma normal, cayó al suelo con un fuerte dolor en la espalda.
3. Que fue remitido al Hospital Erasmo Meoz con el diagnóstico de Hernia discal L5-L4.
4. Que días después volvió a la empresa a retomar sus labores, pero le notificaron que ya no podía trabajar más.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificado el libelo a la demandada ARROZ BRILLANTE, ésta dio contestación admitiendo como cierto el hecho N°1, el resto que no son ciertos o no le consta; se opuso a la totalidad de pretensiones manifestando que no ha existido ningún vínculo de naturaleza laboral con el demandante, ya que la empresa no realiza este tipo de contratación con sus trabajadores, limitándose a contrataciones por escrito; que adicionalmente, la empresa inició actividades laborales desde el 01 de julio de 2015 como se puede evidenciar en la solicitud hecha a FEDEARROZ el día 16 de junio de 2015.

Indicó que tiene conocimiento que el demandante colaboraba en ocasiones a los trasportadores o camioneros que envía la empresa COTRASUR, la cual presta el servicio de cargue, transporte y descargue a ARROZ BRILLANTE.

Como excepción propuso la de inexistencia del vínculo laboral entre las partes procesales.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 16 de noviembre de 2018, resolvió declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el señor ROSERO MONCAYO y la empresa ARROZ BRILLANTE S.A.S., desde el 01 de octubre de 2014 y hasta el 30 de julio de 2016, y en consecuencia, condenó a la pasiva al pago de prestaciones sociales causadas durante dicho periodo, de las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST, de la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y a la indexación, absolviendo a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que debido a la inasistencia del representante legal de la demandada a rendir su interrogatorio de parte, la declaró confesa sobre los hechos 1 a 7 y 9 a 16 de la demanda, por lo que se tuvo como ciertos los hechos relacionados con la relación laboral y los extremos temporales de la misma, lo que le permitió calcular las condenas impuestas a la pasiva.

V. APELACIÓN PARTE DEMANDADA

La parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la anterior sentencia, manifestando que dentro del proceso existe material probatorio del cual se pudo desvirtuar la inexistencia del contrato de trabajo alegado, por lo que no se encontró de acuerdo con la declaratoria de terminación del contrato sin justa causa, ni con la condena al pago de la respectiva indemnización, del pago de las prestaciones sociales, como intereses de cesantías y vacaciones, al pago de la sanción por el no pago de las cesantías, de la indemnización moratoria, de la indexación de las vacaciones, ni la condena en costas.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

PARTE DEMANDADA. Indicó la empresa que si bien se impuso la presunción de CIERTOS de los hechos de la demanda, salvo el hecho 8, teniendo en cuenta que el Representante Legal no asiste a la diligencia de conciliación, los mismo pueden ser desvirtuados los hechos de acuerdo al elemento probatorio aportado.

Que se demostró de manera precisa y suficiente que la empresa ARROZ BRILLANTE S.A.S. empezó a funcionar y comercializar como empresa productora de arroz desde el 1 de JULIO DEL 2015, hecho que se encuentra sustentado mediante el registro de cliente y agente de recaudador otorgado por la federación de Arroceros de Colombia (FEDEARROZ, Folio 61 del Cuaderno Principal) creada en virtud del decreto 2716 de 1994, LEY 101 DE 1993, y el DECRETO 1000 DE 1984, el cual obliga a las empresas como ARROZ BRILLANTE a pagar los recaudos realizados por FEDEARROZ y al que están obligadas a pago todas las personas (naturales y jurídicas) que negocian con Arroz Paddy y sus derivados, y sin la cual no pueden trabajar, producir, procesar o comercial productos en base al arroz.

Que en la práctica del testimonio de la revisora Fiscal, ROSA ELENA CALA DELGADO, se allegó al Juez y se le informó pertinentemente, que la empresa demandada ARROZ BRILLANTE SAS se había registrado en el libro de

fomento arrocero de la Dian el 17 de julio del 2015 y había solicitado RESOLUCIÓN N° 9070000123035 de facturación el día 03 de julio del 2015, acto imprescindible de cualquier empresa para poder facturar y funcionar como entidad comercializadora, toda vez que fechas anteriores NO se tenía permiso de la DIAN y era IMPOSIBLE para ARROZ BRILLANTE S.A.S. laborar, empacar o funcionar de ninguna forma, dado que en caso de operar sin este, la mercancía era decomisada y sancionada por la Dirección de Gestión de Policía Fiscal y Aduanera, situación que considera, no fue valorada en debida forma por parte del juez de primera instancia, como también el juez manifiesta “que da la impresión que venían trabajando tal vez sin haber informado a la Dian o la POLFA”, lo cual nunca fue manifestado por el testigo la señora ROSE ELENA CALA.

Que durante el desarrollo de la segunda audiencia, se realizó lectura de la declaración juramentada del JEFE DE PERSONAL DE PLANTA, PEDRO PABLO CÁRDENAS, quien se desempeñó en dicho cargo desde Julio de 2015, lectura realizada por parte del Juez, la cual señaló que el demandado, YOHON ALEXANDER ROSERO MONCADA, NUNCA laboró en la empresa ARROZ BRILLANTE SAS; indicó que frente a esta declaración juramentada el Juez no realizó el respectivo análisis y estudio en el acápite de la sentencia, ni en ningún otro estadio procesal, omitiendo así la importancia de este documento aportado en debida forma, el cual no solamente demuestra la ausencia de un contrato laboral, sino que también contradice lo expresado por el demandante y el testigo CIRO ENRIQUE RIVEROS ORTIZ al indicar que el SEÑOR LUIS EDGAR ESTUPIÑAN SANCHEZ eran quien daba las órdenes en la planta, cuando para el año 2015 se encontraba la mayor parte de tiempo en la ciudad de Barranquilla y alrededores, siendo el JEFE DE PERSONAL, Pedro Pablo Cárdenas y la Sra. Rosa Elena Cala delgado los encargados del manejo de personal y logística.

Solicitó se declare no probada la existencia del contrato de trabajo y por tanto no se condene a la empresa.

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

VII. CONSIDERACIONES

En virtud del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CST y de conformidad con lo manifestado por la parte demandada en su recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si entre el señor YOHON ALEXANDER ROSERO MONCAYO y la empresa ARROZ BRILLANTE S.A.S. existió, tal como fue declarado por el Juez A quo, un contrato de trabajo, a partir del día 01 de octubre de 2014 y hasta el 30 de julio de 2016, fecha en que terminó de manera unilateral y sin justa causa, y si, en consecuencia, tiene derecho el

demandante al pago de las prestaciones sociales causadas, de las indemnizaciones consignadas en los artículos 64 y 65 CST, de la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indexación de estas sumas.

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, le corresponde a la Sala recurrir a las probanzas traídas a los autos con el fin de establecer si se acreditó la existencia de la relación laboral, los extremos de la misma y los derechos del actor al pago de las acreencias laborales solicitadas.

En este caso la demandada alega que nunca existió una relación laboral con el demandante, ya que este colaboraba en ocasiones a los transportadores o camioneros que enviaba la empresa COTRASUR, la cual presta el servicio de

cargue, transporte y descargue a ARROZ BRILLANTE; así mismo, alegó que la empresa inició sus labores a partir del 01 de julio de 2015.

Revisando entonces el expediente, se observa que fueron aportados por el demandante los documentos relacionados con su historia clínica (folios 7 a 11), según los cuales fue atendido en el Hospital Erasmo Meoz, el día 30 de julio de 2016 con un diagnóstico de hernia discal.

Por su parte, la demandada aportó a los siguientes documentos:

- A folio 59 se observa una comunicación enviada a FEDEARROZ el 16 de junio de 2015, en la cual le informan que a partir del 01 de julio de dicha anualidad entrará en funcionamiento la empresa ARROZ BRILLANTE SAS, dedicada a la producción y comercialización de arroz y subproductos.
- A folio 63 se allegó una certificación expedida por la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL SUR "COTRASUR", según la cual ARROZ BRILLANTE está vinculada como cliente desde el 13 de julio de 2015.
- A folios 65, 69 y 71 se observan tres certificaciones emitidas por JOSÉ MIGUEL RAMOS BLANCO de la COMERCIALIZADORA ARROZ RAMOS, por LA COMERCIALIZADORA DE PADDY PATIÑO y por GABRIEL CARMONA SIERRA, respectivamente, en las que se manifiesta que estas le venden a la empresa ARROZ BRILLANTE, arroz paddy desde el 2015; en las mismas se indica que dicho producto se entrega puesto en la empresa y que el transporte, cargue y descargue del arroz va por cuenta del agricultor.
- A folio 67 se encuentra una certificación expedida por LA COMERCIALIZADORA CÁRDENAS GÓMEZ en la que indican que le compran los subproductos del arroz a ARROZ BRILLANTE desde julio de 2015; que dichos subproductos los cargan y transportan por cuenta de ellos mismos.
- A folio 73 se allega una constancia emitida por la Dra. Rosa Elena Cala Delgado, revisora fiscal de ARROZ BRILLANTE, en la cual informa que dicha empresa inicio el desarrollo de sus actividades económicas a partir del 01 de julio de 2015.

De los testimonios decretados por petición de la parte demandante y que fueron debidamente recaudados, se obtuvo la siguiente información:

- El señor OLIVER ACOSTA CORDERO, manifestó que es miembro de la junta de acción comunal de la vereda Peraco, vía a cerro tasajero; que conoció al demandante cuando éste llegó a vivir a la vereda, en el año 2014; narró que una vez que ingresó a la arrocera, vio al demandante trabajando empacando arroz, harina y tamo y en actividades de cargue y descargue; indicó que laboró durante una

semana para la demandada, en el turno de noche, y veía al demandante cuando salía de su turno diario; que sabe que este laboró para la arrocera hasta mediados de 2016 cuando tuvo su accidente.

- El señor ENRIQUE RIVERA ORTÍZ indicó que vive en la vereda los Peracos desde enero de 2015, y es vecino del actor; manifestó que trabajó con él para ARROZ BRILLANTE; que a él le pagaba el señor Angelino, quien lo contrató de caleta, cargando mulas dos o tres veces a la semana y veía al demandante empacando harinas, arroz y en el área del tamo; informó que no vio al actor de caleta, sino que lo veía únicamente empacando, sin portar ningún uniforme, solo de jean y franela; manifestó que cuando inició a laborar en marzo de 2015 en el lugar funcionaba una arrocera pero no sabía cuál, ya que no había letreros, pero que los bultos estaban marcados con la etiqueta de ARROZ BRILLANTE, y que el jefe de producción era Gerardo Estupiñán y de la planta el señor Pedro y la señora Rosita.

La empresa demandada acercó como testigo a la señora ROSA ELENA GALA DELGADO, quien indicó que era revisora fiscal de la empresa demandada, habiendo iniciado labores el 01 de julio de 2015, fecha en que la empresa empezó a funcionar; que los trabajadores de la empresa demandada son contratados bajo contrato escrito, con todas las prestaciones de ley y seguridad social; informó que el demandante nunca ha tenido contrato con ARROZ BRILLANTE, sino que pertenece a la cuadrilla de las transportadoras, a los que denominan “coteros”; que a ellos los contrata la misma transportadora; manifestó que ARROZ BRILLANTE le paga a la empresa de transporte, los servicios de cargue y descargue, lo que se prueba a través de las certificaciones que aportaron; que ningún trabajador de la empresa se encarga de cargar ni descargar camiones ya que para eso, cada transportadora tiene su cuadrilla; indicó que trabajó en varias arroceras y en varias vio al demandante como cuadrillero; informó que el molino donde se encuentra ubicada la empresa ARROZ BRILLANTE, ha sido utilizado por otras empresas en años anteriores .

Igualmente, aportó a folio 75 una declaración juramentada extra juicio, en la que el señor Pedro Pablo Cárdenas Rodríguez manifestó que en el año 2015 se desempeñó como jefe de planta de producción y no conoce al señor demandante, teniendo conocimiento de que presta sus servicios como coter o cargador a los camioneros, siendo estos quienes cancelan sus servicios y lo contratan.

De las pruebas arrimadas al proceso, se observa que hay una contradicción entre lo manifestado por las partes: por un lado, el señor YOHON ALEXANDER ROSERO MONCAYO y los testimonios decretados y practicados por solicitud suya, afirman que aquel se desempeñaba como empacador de arroz, harina y tamo, en la empresa ARROZ BRILLANTE, la

cual se encontraba funcionando desde el año 2014; y por otro, en la contestación a la demanda y en el testimonio recaudado a la señora GALA DELGADO, se afirma que el demandante se desempeñaba como coterero, es decir, ejercía actividades como el cargue y descargue de los bultos de arroz, realizando esta función a favor de las transportadoras, quienes, junto con el agricultor, se encargan de esta parte de la cadena de venta; además, la empresa alega que únicamente inició sus funciones en julio de 2015 cuando obtuvo autorización de FEDEARROZ.

Además de las anteriores conclusiones, es necesario para esta Sala tener en cuenta que debido a que el apoderado de la empresa demandada no asistió a su interrogatorio de parte, el Juez A quo la declaró confesa en los hechos 1 a 7 y 9 a 16 del escrito de demanda, lo cual no fue objeto de recurso, en virtud de lo reglado en el artículo 205 del CGP; hechos aquellos que se refieren a la existencia del elemento de subordinación con respecto a su empleadora, ARROZ BRILLANTE, en su oficio de empacador y harinero, desde el 01 de octubre de 2014 y hasta el 30 de julio de 2016, fecha en la que fue despedido sin justa causa.

Con respecto a esta presunción, se tiene que al ser una presunción legal, admite prueba en contrario; sin embargo, la parte demandada no logró aportar al juicio, material probatorio suficiente que demostrara, de manera certera, que lo afirmado por la parte demandante en el libelo introductorio no se ajusta a la realidad de las cosas, y desvirtuar así la presunción con la cual quedó beneficiado el señor ROSERO MONCAYO.

Por lo anterior, no queda otro camino que CONFIRMAR la decisión tomada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en el sentido de declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, desde el 01 de octubre de 2014 y hasta el 30 de julio de 2016, el cual terminó por la pasiva y sin justa causa.

Debido a que ARROZ BRILLANTE no aportó comprobante alguno de pagos realizados al señor ROSERO MONCAYO como contraprestación a sus servicios ni correspondientes a prestaciones sociales o seguridad social, se condenará a la pasiva al pago a favor del actor, de las siguientes sumas de dinero, debiéndose aclarar que el Juez A quo incluyó dentro de las liquidaciones de las prestaciones sociales, el valor del auxilio de transporte, a pesar de que los testigos dentro del proceso afirmaron que el actor residía a 20 o 30 metros de la arrocera, decisión aquella que no fue objetada por la parte demandada, debiendo entonces la Sala mantener la misma.

En virtud de la declaratoria de terminación del contrato por parte de la empleadora y sin justa causa, es procedente, tal como lo estableció el Juez A quo, **la indemnización** contenida en el artículo 64 del CST, correspondiente a 46 días, con un salario mensual de \$800.000, para un total

de \$1.226.666, debiéndose CONFIRMAR la sentencia apelada en este sentido.

Con respecto a la condena al pago de prestaciones sociales y vacaciones, con su respectiva indexación, causadas durante el contrato declarado, al ser estas revisadas por la Sala, se concluye que se encuentran ajustadas a derecho por lo cual serán CONFIRMADAS.

Con relación a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en el fondo correspondiente y a la indemnización moratoria por la falta de pago de prestaciones sociales, se tiene que las mismas no fueron atacadas por la parte demandada en su recurso de apelación, limitándose únicamente a mencionarlas, sin fundamentar su desacuerdo con esta condena, por lo que la condena impuesta a ARROZ BRILLANTE de su pago a favor del demandante será CONFIRMADA.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada ARROZ BRILLANTE S.A.S., 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 un (1) salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS (\$877.803 m/cte.) a cargo de la empresa y en favor del señor YOHON ALEXANDER ROSERO MONCAYO conforme al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura y a lo dispuesto al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

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

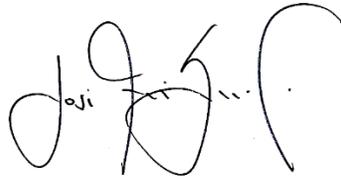
VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 16 de noviembre de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada ARROZ BRILLANTE S.A.S., 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 un (1) salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS (\$877.803 m/cte.) a cargo de la empresa y en favor del señor YOHON ALEXANDER ROSERO

MONCAYO conforme al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la
Judicatura y a lo dispuesto al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 065, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.
Cúcuta, 20 de agosto de 2020



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

Radicado Juzgado No. 54-001-31-05-004-2019-00034

DTE: EDITH PATRICIA ROJAS TARAZONA

DDA: COLPENSIONES- PORVENIR

Partida Tribunal No. 18948

TEMA: INEFICACIA DE TRASLADO

ASUNTO: APELACIÓN- CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el grado jurisdiccional de consulta, así como el recurso de apelación presentado por la demandada PORVENIR en contra de la sentencia de fecha 12 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta del proceso ordinario laboral seguido bajo radicado de primera instancia 54-001-31-05-004-2019-00034-00 y Partida del Tribunal 18948, instaurado por la señora EDITH PATRICIA ROJAS TARAZONA en contra de la PORVENIR, S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante EDITH PATRICIA ROJAS TARAZONA interpuso demanda ordinaria laboral contra PORVENIR S.A. y COLPENSIONES con el propósito de que se DECLARE la NULIDAD del traslado y afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado inicialmente con HORIZONTE S.A., entidad que posteriormente se fusionó con la AFP PROVERNIR S.A., y en consecuencia de lo anterior, se ordene a dicho Fondo de Pensiones a trasladar a COLPENSIONES los saldos , cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con sus respectivos frutos e intereses.

II. HECHOS

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

1. Que se afilió inicialmente al Instituto de Seguros Sociales (ISS) desde el 01 de julio de 1981.
2. Que el 30 de junio de 1994, una de las promotoras de la AFP HORIZONTE S.A., quienes ingresaron a las dependencias de Granahorrar donde laboraba, sostuvo con ella una charla rápida en la que le manifestó que el ISS se iba a acabar y liquidar y que era el momento de afiliarse a esta nueva empresa que le ofrecía las mismas garantías.
3. Que HORIZONTE S.A. no la asesoró sobre las características esenciales del régimen de prima media con prestación definida y sus diferencias frente al régimen de ahorro inicial con solidaridad, ni explicó los riesgos ni consecuencias que acarrearía el cambio de régimen.
4. Que accedió a dicho traslado el 30 de junio de 1994.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, S.A., dio contestación a la misma admitiendo los hechos 1 a 3 y 8 a 13 y que no le constan los hechos 4 a 7; se opuso a las pretensiones manifestando que la demandante se afilió de manera voluntaria a HORIZONTES S.A, hoy PORVENIR, S.A. y además se encuentra incurso en lo establecido por el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de diez (10) años para pensionarse.

Como excepciones, propuso las de inexistencia de la obligación pretendida, buena fe, prescripción y la innominada o la genérica.

Por su parte, PORVENIR, S.A. manifestó que no le consta la totalidad de los hechos; se opuso a las pretensiones alegando que no existió vicio alguno que genere la nulidad o ineficacia del traslado 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 negocial.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la litis, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha doce (12) de febrero de dos mil veinte (2020), resolvió

DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media al RAIS, administrado por la pasiva PORVENIR, S.A., y en consecuencia condenó a este fondo a devolver a COLPENSIONES y a ésta, a recibir el total del monto del recaudo por aportes hecho por la parte demandante por cotizaciones pensionales a partir del 30 de junio de 1994 e incluso con el reconocimiento de los gastos de administración, de que trata el inciso 3 artículo 20 Ley 100 de 1993, es decir, devolver el 100% del total del aporte, con sus respectivos frutos e intereses, aportes adicionales, de existir, debiendo COLPENSIONES traducirlos en semanas cotizadas por el tiempo que aportó la pasiva.

La anterior decisión la fundamentó en que conforme a las pruebas aportadas al proceso, PORVENIR S.A. incumplió la carga probatoria de suministrar información clara, cierta y precisa acerca de las implicaciones del traslado de régimen pensional, lo que hubiera permitido al afiliada analizar la conveniencia o no de dicho traslado, siendo insuficiente la presentación del formulario de afiliación al no ser prueba de un consentimiento informado.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA- PORVENIR S.A.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, manifestando que el formulario de afiliación de la señora demandante fue suscrito en el año de 1994, más precisamente en el mes 06 día 30, es decir a muy pocos meses de haber sido expedido la ley 100 de 1993; que el señor juez manifestó en su fallo que teniendo en cuenta la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, ello obedece a la primera etapa de la forma en la que se debe dar la información a los afiliados de los fondos de pensiones; que en esta primera etapa estaba vigente como única norma que trataba de este tema, la consagrada en el estatuto orgánico del sistema financiero que era una norma que en su momento sí decía que se daba una información completa, pero dicha norma no contenía unos mínimos o unos máximos de la información suministrada, la forma o contenido de la información y era una etapa incipiente de la ley 100 de 1993.

Manifestó que si bien es cierto existe abundante jurisprudencia acerca de que el formulario solicitud de vinculación no es prueba de que se había dado una debida información en su momento, autoridades tales como la Superintendencia Bancaria de Colombia no les exigía los fondos mayores consideraciones respecto a la información, y ese formulario de afiliación se consideraba más que suficiente para probar en su momento esa asesoría

completa y conforme con la disposición del estatuto orgánico del sistema financiero;

Indicó que efectivamente los fondos de pensiones en su momento sí obraron de buena fe y fue así porque creían que actúan conforme a derecho, porque eso en su momento era lo que se exigía; que no existía en ese momento ninguna de esas disposiciones que surgieron posteriormente en el año 2009 y de ahí en adelante se hace más exigente el tema del consentimiento informado en esa precisa etapa; que en la primera etapa era suficiente contar con el formulario de solicitud y vinculación muy a pesar de lo que manifiesta la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Alega que se hace énfasis en la buena fe ya que en el fallo se le ordena al Fondo restituir el capital de manera indemne sin merma alguna, reconociendo los aportes, los gastos de administración, frutos e intereses, lo cual tiene como sustento según el fallo y según la jurisprudencia citada, en el artículo 1746 del Código Civil artículo que hace una diferenciación entre los poseedores de buena fe y mala fe; que a su vez ese artículo se debe interpretar concatenado con el artículo 964 del Código Civil, artículo en el cual, a pesar de que se hace una diferenciación entre las restituciones que se deben hacer cuando es de buena fe y de mala fe, el inciso final dice que en toda restitución de frutos se abonarán, al que la hace, los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos independientemente de la buena o de la mala fe.

Que en este caso insiste que se obró con buena fe, y que esa disposición es clara en manifestar que cuando se hagan restituciones como la aquí ordenada se deben restituir los frutos y a la persona que generó eso frutos, en este caso el fondo de pensiones Porvenir, se le reconocerán los gastos ordinarios en que incurrió, los gastos de administración como su nombre lo indica y como los consagra la Ley 100 de 1993,

Insistió en que para que nazca el derecho a una indemnización deben estar meramente probados o acreditados los tres elementos de la responsabilidad que son la culpa, el daño y el nexo causal, y dentro del debate probatorio que se surtió y el objeto de este proceso, en ninguno de sus apartes se estableció con claridad que existieran dichos tres elementos.

Adicional a lo anterior, se manifestó con respecto a la condena en costas, ya que en el proceso se fijaron agencias en derecho en cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes; que a partir de la expedición del Código General del Proceso esa fijación de agencias en derecho se debe hacer por medio de auto y contra dicho auto se proceden los recursos para discutir acerca de la pertinencia o impertinencia de la fijación de la agencia en derecho; que a pesar de esto, la fijación se hizo en el fallo proferido, considerando que el monto fue excesivo, por cuanto este es un proceso en el que existe una línea

jurisprudencial clara, tal como lo manifestó el Juez,; que fue proceso que no tuvo una larga extensión en el tiempo y en el cual la práctica de pruebas no implicó mayor esfuerzo, por lo que solicita que se disminuya a un salario mínimo legal mensual vigente.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES. Manifestó la entidad que en el presente caso no es posible aceptar el traslado de régimen ya que la señora ROJAS TARAZONA cuenta con 54 años de edad cumplidos, ubicándola en el rango de edad que establece la disposición, motivo por el cual no es posible para COLPENSIONES acceder a la solicitud de traslado, al encontrarse dentro del rango de los últimos diez (10) años de edad para jubilarse.

Con respecto a la nulidad del traslado, indicó que corresponde a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A probar que la información que brindó a la actora al momento de afiliarla y del cambio de régimen fue idónea y la suficiente para que la decisión de traslado fuera libre de vicios.

PARTE DEMANDADA- PORVENIR SA. Solicitó la entidad que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra.

Manifestó que la solicitud de traslado fue suscrita en el año de 1994 y para esa fecha 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; que en el fallo se cita el Decreto 663/1993 o EOSF y revisada la disposición que hace referencia a este asunto, establece un deber genérico de dar una debida información, sin especificar en concreto que debe contener esa debida asesoría.

Que por tal razón, PORVENIR S.A no pudo incurrir en la omisión de dar una debida asesoría, pues no existía norma que taxativamente indicara que información se debida brindar para considerarse cumplido ese requisito. La normativa vigente para la época, contenía conceptos amplios sobre que era una debida asesoría, quedando al arbitrio de las partes estimar si hubo o no una debida asesoría, lo que resulta caprichoso.

Sobre la forma de dejar constancia de la información brindada, indicó que el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, establece la forma como las AFP deben

acreditar que dieron una debida asesoría, que consiste en suscribir un formulario con el afiliado cuyo contenido es dado por ley y que es pre aprobado por un ente de control y vigilancia- Súper-Financiera, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones.

Que para este caso en particular, así se hizo, 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.

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.

Respecto a la condena de que se restituyan con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A los gastos de administración descontados durante el tiempo que permaneció en el RAIS, indicó que no comparte esta condena, pues al declararse la ineficacia del traslado, se ordena como consecuencia de ello, una serie de restituciones, entre ellas los frutos o rentabilidades generadas por el capital pensional, por lo tanto, se debe acudir al Código Civil, como referente normativo en este asunto.

Que en tal sentido, el artículo 964 del CC, inciso final, claramente establece que toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producir los frutos.

Que los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital. Que en efecto, los gastos de administración por definición legal guardan relación con la retribución por las labores desplegadas por la AFP para administrar el capital pensional, lo que implica cubrir gastos de operación de la AFP, por lo tanto, se debe ordenar revocar esta condena, en el remoto evento de no acceder a revocar íntegramente la sentencia.

Que adicionalmente, se debe considerar que el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, establece que el 3% de la cotización realizada al Sistema General de Pensiones se destinará a financiar los gastos de administración.

Respecto a la condena en costas y agencias en derecho consideró que la misma no se ajusta a derecho por dos motivos:

(i) Se debieron fijar por medio de auto y su controversia se realiza por medio de recursos como lo expresa el CGP. Pero como se fijaron en la sentencia se contrvirtieron en esa oportunidad.

(ii) Atendiendo los criterios establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura para fijar agencias en derecho, tales como naturaleza del asunto, labor desplegada y duración, se consideran excesivas.

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

VII. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003; 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 EDITH PATRICIA ROJAS TARAZONA en el año 1994 a PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliado con anterioridad.
3. Por último, se revisará la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A.

Análisis probatorio

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

Solución del primer problema jurídico.

Dado que lo pretendido por la demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez

que su transferencia del ISS a hoy PORVENIR S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento de la señora EDITH PATRICIA ROJAS TARAZONA 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.

En tal sentido, 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.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2.015 y la circular Externa 016 de 2.016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a

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

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

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado. (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 y sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018).

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.

Por lo expuesto, considera la Sala que los argumentos expuestos por las entidades demandadas, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES no gozan de asidero jurídico, por cuanto se itera, la tesis relevante para resolver el objeto de la Litis, se encuentra cimentada en las obligaciones especiales que tienen las administradora de pensiones emanadas de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; razones por las cuales, la calidad de beneficiario del régimen de transición se convierte en una circunstancia adjunta, que si bien, deberá ser considerada en los resultados del

proceso, ésta no se constituye como un requisito indispensable para acceder a la nulidad del acto jurídico.

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se observa a folio 4 del expediente el formulario de vinculación a HORIZONTE del mes junio de 1994, del cual acepta la demandante fue suscrito por ella, en el que se dejó plasmado que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, esto es, que se efectuó “de forma libre, espontánea y sin presiones”, calidades de la decisión que no se encuentran demostradas con el acervo probatorio, 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, se suministró a la demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

En efecto, del análisis del material probatorio allegado se observa que el Fondo de Pensiones demandado, únicamente allegó pruebas documentales que dan cuenta de la solicitud de vinculación de la demandante a PORVENIR en junio de 1994 (folios 89), aportando también comunicaciones de prensa (folios 86 a 88) publicadas por las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías acerca de traslado hacia el régimen de prima media con prestación definida, así como comunicaciones existentes entre el demandante y el fondo, pero sin demostrarse que por su parte, que se hubiera realizado, en el momento de traslado de un régimen a otro, 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, incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, en virtud de la carga dinámica de la prueba y de quien se encuentra en situación más favorable para aportar evidencias según lo reglado en el artículo 167 Código General del Proceso y de conformidad con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia ya referenciada, correspondía a PORVENIR S.A. acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, a la demandante EDITH PATRICIA ROJAS TARAZONA 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 a fl. 4, no es suficiente para inferir que existió una decisión documentada por parte del actor, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva PORVENIR.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo 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 del demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento (error) por falta de asentimiento informado, no asistiéndole la razón a los apelantes representantes de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable a la demandante ROJAS TARAZONA por lo que, en esta instancia se CONFIRMARÁ lo resuelto por el juez A quo.

Solución del segundo problema jurídico.

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el mes de junio de 1994, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

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

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

otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

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

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

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

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PORVENIR, las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, debiéndose entonces CONFIRMAR en este sentido la sentencia apelada y consultada.

Solución al tercer problema jurídico

Por último se estudiará la condena en costas impuesta a PORVENIR, S.A., frente a la cual la entidad mostró su inconformidad al considerar que el monto fijado es excesivo, ya que en este proceso ya existe una línea jurisprudencial clara, y el mismo no tuvo una larga extensión en el tiempo, y la práctica de pruebas no implicó mayores esfuerzos.

Al respecto, se debe manifestar que el artículo 2 del Acuerdo PSAA16- 10554 establece los criterios para fijar las agencias en derecho, incluyéndose «la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites».

Al respecto, es menester indicar que, si bien dentro del presente proceso no existió una gran actividad probatoria, debe tenerse en cuenta que el mismo no tiene cuantía y por tanto la parte demandante únicamente se beneficia al haber obtenido su traslado de régimen pensional, sin que esto se vea materializado en una suma de dinero que le será entregada como resultado del mismo; además, con relación al argumento de que en este asunto ya existe una clara línea jurisprudencial, igualmente la demandada, al haberse opuesto a la nulidad de traslado solicitado, puso en operancia el aparato judicial, lo cual pudo haber evitado, de haber tenido en cuenta, desde un primer momento, la línea jurisprudencial que alega, considerando la Sala que fue acertado el monto de las costas fijado por el Juez A quo, esto es, cuatro smlmv, debiéndose CONFIRMAR la misma.

Conforme al anterior análisis, el tercer problema jurídico queda resuelto de forma desfavorable a la demandada COLPENSIONES, razón por la que, lo decidido por el Juez A quo deberá ser CONFIRMADO.

Se condenará en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en partes iguales, fijando como agencias en derecho a su cargo, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2020 que equivale a \$877.828.00 a favor de la demandante EDITH PATRICIA ROJAS TARAZONA, de conformidad con el art. 365 del C.G. del P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 emanado del CSJ Sala Administrativa.

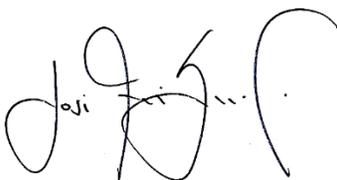
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia apelada y consultada proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 12 de febrero de 2020 conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR costas de segunda instancia a PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en partes iguales, fijando como agencias en derecho a su cargo, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2020 que equivale a \$877.828.00 a favor de la demandante EDITH PATRICIA ROJAS TARAZONA, de conformidad con el art. 365 del C.G. del P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 emanado del CSJ Sala Administrativa.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 065, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 20 de agosto de 2020



Secretario