

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: 54-001-31-05-001-2018-00156-00

Partida Tribunal: 18758

Demandante: MARTHA ELENA ESTEBAN VILLÁN

Demandada (o): ICBF

Tema: CONTRATO DE TRABAJO

Ref.: APELACIÓN DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, tres (03) de noviembre 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 demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 04 de septiembre de 2019, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2018-00156-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 18758 promovido por la señora MARTHA ELENA ESTEBAN VILLÁN contra LA NACIÓN, DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL- DPS y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF.

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 condene a la NACIÓN, DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL- DPS y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF a reconocer que existió un contrato de trabajo realidad a término indefinido, desde el 07 de enero de 1994 hasta 07 de junio de 2017, fecha en que se terminó sin justa causa y de forma unilateral por su empleador, y como consecuencia, se condene a las pasivas a su reintegro, a reconocer y pagar los aportes a la seguridad social integral, las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST, la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción por el no pago de los

intereses a las cesantías, por la no entrega de dotación, la sanción por no pago de subsidio familiar, indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa de la relación laboral, el auxilio de transporte, el retroactivo de salarios causados, los intereses moratorios o la indexación de las sumas que se reconozcan y costas y gastos procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 26 y 32 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que prestó sus servicios, como madre comunitaria, al ICBF y/o con la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR BARRIO TUCUNARÉ del municipio de Cúcuta, durante el periodo comprendido entre el 07 de enero de 1994 y hasta el 07 de junio de 2017.
2. Que durante dicha vinculación, el ICBF y/o con la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS FAMI PATIO CENTRO DEL MUNICIPIO DE LOS PATIOS nunca le pagó prestaciones sociales, ni la afilió al sistema de seguridad social integral.
3. Que por decisión del ICBF fue desvinculada laboralmente, dándose por terminado su vínculo el 07 de junio de 2017 por cierre de la unidad.
4. Que mediante memorial de fecha 28 de agosto de 2017 solicitó al ICBF y/ a la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR BARRIO TUCUNARÉ su reintegro, así como el reconocimiento y pago de dichas acreencias laborales, frente a los cual, el ICBF negó que existiera una relación laboral en forma continua e ininterrumpida.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificado el libelo a la demandada INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, ésta dio contestación manifestando que los hechos expuestos no son ciertos o no le constan; se opuso a la totalidad de las pretensiones, indicando que no ha tenido vínculo laboral alguno con la demandante, ya que no se cumplen los elementos de la relación laboral contemplados en el artículo 23 del CST, siendo clara la inexistencia de subordinación, al tenerse en cuenta que las funciones que desarrollan las madres comunitarias tienen su fuente en la distribución de competencias prevista en el artículo 44 de la CP, la corresponsabilidad de la familia prevista en el artículo 42 de la CP, la inexistencia de facultad disciplinaria por parte del ICBF frente a las madres comunitarias.

Que por lo tanto, de conformidad con la regla general establecida en el artículo 2 del Decreto Reglamentario 1848 de 1968, todas las personas que

prestan sus servicios en la entidad en la Entidad son empleados públicos y no trabajadores oficiales, vinculación esta última de la cual se puede predicar la existencia de contratos de trabajo, cualesquiera sea la denominación que se les dé.

Que la labor desempeñada por la demandante jamás puede ser catalogada como de aquellas a que se refiere el artículo 3 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, razón por la cual, la existencia de un contrato de trabajo con el sector público no depende de la valoración subjetiva que considere la demandante, al pretender darle un carácter jurídicamente imposible de existir, sino de la realidad fáctica impuesta por la misma ley.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica del ICBF para celebrar contratos de trabajo, inexistencia o falta de causa para demandar, inexistencia de elementos que configuren relación laboral, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, inexistencia de la solidaridad prestacional, prescripción y la genérica o innominada.

La ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA, llamada en garantía por el ICBF indicó en su contestación que no les constan los hechos, oponiéndose a las pretensiones toda vez que no se reúnen los presupuestos de derecho que las soporten, teniendo en cuenta que no se prueba en el expediente que la asociación de padres de hogares comunitarios sea responsable de las prestaciones alegadas por la actora.

Como excepciones opuso la carencia de responsabilidad e inexistencia de la obligación de indemnizar, inexistencia de responsabilidad solidaria entre las asociaciones y las empresas usuarias, prescripción de la acción indemnizatoria del contrato de seguros, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, limitación de responsabilidad, inexistencia de la obligación, coadyuvancia de las excepciones presentadas por los demandados y la innominada.

SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. también llamada en garantía por el ICBF indicó en su contestación a la demanda que no le constan los hechos en esta incluidos, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones y proponiendo en su contra, la excepción previa de falta de jurisdicción o competencia y las de fondo de ausencia de responsabilidad del ICBF atendiendo a la naturaleza del contrato de aportes que celebra el ICBF con los Hogares Infantiles y la prescripción.

En contra del llamamiento en garantía propuso las excepciones de inexistencia de la obligación a cargo de Seguros del Estado S.A. si se declara relación laboral directa entre la señora Martha Elena Estaba (sic) Villán y el Asegurado ICBF, Ausencia de cobertura de las pólizas de seguro de cumplimiento a favor de entidad estatal N°49-44-101002975 por ocurrencia

del presunto siniestro fuera de la vigencia de la misma en relación con el presunto contrato laboral iniciado el 07 de enero de 1994, inexistencia de los requisitos para hacer exigible la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidad estatal N°49-44-101002975, Cobertura exclusiva de los Riesgos Pactados en la Póliza de Seguro de Cumplimiento a favor de Entidad Estatal, Imposibilidad de afectar de la póliza de cumplimiento por las conductas contempladas en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, Compensación, Límite de la responsabilidad y la genérica.

El escrito presentado como contestación a la demanda por la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR BARRIO TUCUNARÉ, entidad vinculada oficiosamente, no fue admitido por el A quo.

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 04 de septiembre de 2019, resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el ICBF y en consecuencia, la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARTHA ELENA ESTEBAN VILLÁN.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que no se probó en el proceso la presencia de los elementos necesarios para que se configure una relación laboral con el ICBF, ya que no se evidencia la prestación personal del servicio de la señora ESTEBAN VILLÁN a favor de la entidad, ni la subordinación en su relación, así como tampoco, el pago de un salario a su favor.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

La parte demandante estuvo en desacuerdo con la anterior sentencia, por lo que presentó recurso de apelación en su contra, manifestando que considera que la señora demandante sí ha tenido una relación laboral; que si bien es cierto frente al contrato realidad con los hogares del ICBF es vasta la jurisprudencia en donde se ha decantado ese vínculo de las madres comunitarias, no es menos cierto que la demandante de una u otra manera ha prestado una relación laboral, un servicio, como es sabido con la asociación de padres de hogares comunitarios de bienestar barrio Tucunaré del municipio de Cúcuta; que es también de conocimiento público que estas organizaciones dependen de los marcos, directrices y normas que el Estado profiere para poder regular esta relación o esta materia; precisó que se ha podido demostrar a través incluso de la constancia de tiempo de servicio allegada al proceso de fecha 11 de diciembre 2017, en donde la misma

representante de la asociación de padres de bienestar de Tucunaré, hace referencia al tiempo de servicio dado por la demandante durante el periodo comprendido desde el 7 de enero de 1994 al 7 de junio de 2017, que la señora Martha Esteban Villán, sí presta un servicio, por lo que la relación laboral se encuentra acreditada con la historia laboral, con las constancias de afiliación y con las constancias expedidas, así no medie un contrato solemne como se establece el CTS.

Indicó que es cierto que esas constancias o certificaciones dan un indicio de que efectivamente se ha prestado una relación laboral con la asociación, que en este caso viene siendo la empresa más inmediata en cuanto a la subordinación con la demandante y que también se encuentra probado de acuerdo a las documentales allegadas al proceso, que la señora Martha nunca le pagaron sus prestaciones sociales, que tampoco recibió los aportes y pagos a seguridad social durante esa vinculación laboral; que en su historia laboral se demuestra que tan solo unos ciclos fueron cancelados por el hogar de bienestar asociación de padres del barrio Tucunaré.

Insistió en que se debe revocar la decisión proferida por el A quo y conceder las pretensiones incoadas, para lo que trajo a colación lo expuesto en la sentencia T 279 de 2006 en cuanto al principio de igualdad de los trabajadores.

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:

1. **PARTE DEMANDANTE.** Presentó la parte sus alegatos haciendo un recuento de los hechos narrados en la demanda y se refiere a hechos que fueron aceptados por la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR BARRIO TUCUNARÉ en la contestación a la demanda que no fue admitida por el A quo, concluyendo que de ahí hay razones suficientes para que la demandante sea reintegrada y se responsabilice bien al ICBF o a la asociación de padres de familia y se le dé continuidad a la relación laboral mantenida por más de 23 años y 5 meses.
2. **PARTE DEMANDADA.** El ICBF reiteró que entre la señora MARTHA ELENA ESTEBAN VILLÁN y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR nunca existió vínculo laboral.

Que el ICBF canaliza sus compromisos a través del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, del cual forman parte los Hogares Infantiles, y para tal efecto, y por ser una actividad de orden técnico, la ley permite

que la entidad suscriba contratos especiales de aporte con personas jurídicas de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, fundaciones y/ asociaciones, en virtud de los cuales el ICBF se obliga a proveer a una asociación y/o fundación de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de esta, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la vigencia de estos contratos de aporte será anual, pero podrá prorrogarse de año en año.

Manifestó que la ley 89 de 1988, en el párrafo 2 del artículo 1 define a los Hogares Comunitarios así "...Se entiende por hogares comunitarios de Bienestar aquellos que se constituyen a través de becas el ICBF a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres de país".

Que el programa debe ser ejecutado directamente por la comunidad, a través de las asociaciones de padres de familia de los menores beneficiarios o de otras organizaciones comunitarias como las madres comunitarias, con una vinculación y contribución voluntaria, puesto que se deriva de la obligación de asistir y proteger a los niños, la cual corresponde a toda la sociedad y la familia.

Indicó que para que exista una vinculación de carácter laboral se requiere la prestación personal del servicio por parte del trabajador, y en este caso de las madres comunitarias, no prestan ni han prestado, la labor personal al ICBF, sino que brindan o han brindado un trabajo solidario a la comunidad en razón de su contribución voluntaria por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la familia y la sociedad, por consiguiente dicha vinculación no implica relación laboral; que lo que existe realmente es una distribución de competencias, el Estado, la sociedad y la familia.

Que el ICBF no emite órdenes o instrucciones a las madres comunitarias para el ejercicio de su actividad, sino que, en el desarrollo de sus competencias, establece los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permiten la organización y funcionamiento del Programa.

Que a su vez, la madre Comunitaria no recibe remuneración sino el aporte de beca, de acuerdo al artículo primero del decreto 2019 de 1.989 y el acuerdo 021 de 1.996 de la Junta Directiva del ICBF.

Con la entrada en vigencia del decreto 289 de 2014, las Madres Comunitarias son vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las asociaciones y/o fundaciones, y cuentan con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con las normas que regulan el Sistema de Protección Social y compilado en el artículo 2.2.1.6.5.2 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015.

Que una cosa es que se haya ordenado, de forma progresiva, asegurar el pago de un salario mínimo, y otra muy distinta, es que se haya reconocido vínculo laboral, ya que la sentencia T – 628 de 2012 hace énfasis en la inexistencia de un vínculo laboral.

3. **PARTE DEMANDADA- ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.** Se opuso la parte a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y solicitó que las mismas sean desestimadas, toda vez que no reúnen los presupuestos de hecho y de derecho que las soporten, teniendo en cuenta que no existe dentro del expediente prueba para demostrar que el **REPRESENTANTE LEGAL DE LA ASOCIACION DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR FAMI SECTOR UNO**, es responsable de las prestaciones alegadas por la actora en razón a que no existe contrato que sugiera una vinculación laboral con el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF**; que contrario a lo anterior, es claro que la señora **NUBIA ROSA GARCIA BECERRA**, hacía parte del personal destinado por el **REPRESENTANTE LEGAL DE LA ASOCIACION DE PADRES BARRIO TUCUNARE**, para la ejecución del contrato, y no poseía ninguna vinculación laboral con el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF**, razón por la cual no está obligada a asumir una obligación de la que no es responsable.

Preciso que el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar “es un conjunto de acciones del Estado y de la comunidad, encaminado a propiciar el desarrollo psicosocial, moral y físico de los niños menores de 7 años pertenecientes a los sectores de extrema pobreza, mediante el estímulo y apoyo a su proceso de socialización y el mejoramiento de la nutrición y de las condiciones de vida. Está dirigido a fortalecer la responsabilidad de los padres, en la formación y cuidado de sus hijos, con su trabajo solidario y el de la comunidad en general.”

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, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003.

En virtud del mencionado principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CST y de conformidad con lo manifestado por la parte demandante en su recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar (i) si existió un contrato de trabajo entre la señora MARTHA ELENA ESTEBAN VILLÁN y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, entre 07 de enero de 1994 hasta 07 de junio de 2017; y de ser resuelto esto en forma favorable para la demandante, se deberá establecer (ii) si esta es acreedora de las obligaciones laborales reclamadas en la demanda.

Advierte la Sala que no se encuentra habilitada en esta instancia para revisar la posible existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR BARRIO TUCUNARÉ, tal y como fuera mencionado por la activa en su recurso de apelación y en los alegatos aquí presentados; esto, ya que si bien los hechos de la demanda se plantean casi en su totalidad en el sentido que “la señora MARTHA ELENA ESTEBAN VILLAN, prestó sus servicios con el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR “ICBF”; y/o con la Asociación de Padres de Hogares Comunitarios de Bienestar barrio Tucunaré del municipio de San José de Cúcuta (...)”, incluyendo ambas entidades en su narración, en el acápite de pretensiones, la parte se limitó a solicitar la declaratoria de un contrato de trabajo con “LA NACIÓN- DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL “DPS”- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR “ICBF” y la consecuente condena de estas al pago de las acreencias pedidas, sin que fuera incluida la asociación de padres.

Y es que las decisiones emitidas con base en las facultades ultra y extra petita son exclusivas de los jueces de única y primera instancia, no estando habilitados los jueces de segundo grado para declarar ese tipo de condenas, encontrándose la única excepción a este postulado, en cuanto se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, lo cual ha sido formulado por la HCSJ en sentencias tales como aquella con Radicado N° SL3933-2018, de la siguiente manera:

Conforme dicho principio, las sentencias judiciales deben ser coherentes con los hechos y pretensiones de la demanda, su contestación y las excepciones formuladas, así como con lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes. El sentenciador, por tanto, debe obrar dentro del marco trazado por las partes en conflicto y las sentencias deben ceñirse a la

causa petendi invocada por el promotor del proceso.

*En el terreno laboral la congruencia tiene una excepción en relación con las facultades ultra y extra petita (art. 50 CPTSS), **de las cuales están investidos los jueces de única y de primera instancia**, lo cual no obsta, como lo ha explicado esta Corte, para que en específicos casos los jueces de la alzada hagan prevalecer los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.*

Así las cosas, procederá la Sala a revisar el problema jurídico aquí planteado, para lo que se tiene que alega la demandante que se desempeñó como madre comunitaria con la Asociación de Padres de Hogares Comunitarios de Bienestar barrio Tucunaré del municipio de San José de Cúcuta, entre el 07 de enero de 1994 hasta 07 de junio de 2017, por lo que se hace necesario, en primer lugar, analizar la regulación del ordenamiento jurídico sobre la actividad de dichas madres comunitarias, cuya ejecución depende de la suscripción de un contrato por aportes en favor de estos hogares.

En punto a la naturaleza del contrato por aportes, del cual se alega que se estableció con el fin de encubrir la verdadera relación laboral, se debe decir que se trata de una modalidad de contratación especial y atípica, consagrada en el ordenamiento jurídico como parte del desarrollo del I.C.B.F. y su actividad de coordinación de actividades sociales de atención a la infancia y la adolescencia, el cual tiene su génesis en el numeral 9 del artículo 21 de la Ley 7 de 1979 y el decreto 2388 de 1979, habiéndose creado en un primer momento la entrega de «becas» personales a quienes constituyeran acciones mancomunadas de atención a población infantil en estratos sociales pobres, lo que devino posteriormente en 1989 (Ley 89 de 1988) en la creación de Hogares Comunitarios de Bienestar.

Sin embargo, no fue sino hasta el decreto 1340 de 1995 que se reglamentó el funcionamiento de estos Hogares Comunitarios, norma cuyo artículo 4º dispuso la forma de vinculación de las madres comunitarias definiéndola como un «trabajo solidario» a través de una «contribución voluntaria» partiendo de que es la familia y la sociedad quienes tienen la obligación de asistir y proteger a los niños, agregando que esta vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras, ni con las entidades públicas que en él participen.

A partir de este decreto, se desarrolló el *contrato de aporte* contenido en el Acuerdo 21 de 1996 del I.C.B.F., contrato a través del cual se canalizarían los conceptos de «beca», que hasta ese momento habían sido cancelados particularmente a través de asociaciones de padres de familia, siendo ese el aporte que entregaba el Bienestar al servicio comunitario de atención infantil, del cual dispondría la retribución económica a las madres comunitarias designadas por la asociación, incluyendo el aporte a seguridad social integral.

Posteriormente, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999, por medio del cual se reestructuró el ICBF, señaló que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el ICBF «en ningún caso implicarán una relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas», pues dicha participación se trata de un trabajo solidario y una contribución voluntaria brindada por ésta.

Estas fueron las disposiciones que rigieron la actividad desarrollada por las madres comunitarias a través de los Hogares hasta el año 2012, en el cual, a través de la ley 1607 de dicha anualidad, se determinó que el Estado, entre los años 2013 y 2014 y de forma escalonada, diseñaría y adoptaría diversas modalidades que permitieran la vinculación de las madres comunitarias, a través de las cuales se les garantizara el acceso a un contrato laboral y a un salario mínimo mensual, lo cual fue posteriormente reglamentado mediante el decreto 289 de 2014, siendo éste el cual, en su artículo 2, el que estableció la naturaleza laboral de la vinculación de las madres comunitarias y por tanto, el derecho de las mismas a percibir la totalidad de garantías consagradas en la normativa del trabajo y la protección social, lo cual se materializaría mediante la suscripción de contratos de trabajo con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

Así mismo, con el fin de determinar la calidad de trabajadoras de las madres comunitarias y en medio de la formalización de su actividad, el artículo 3 del mencionado decreto 289 de 2014, excluyó a las mismas, de manera expresa, del concepto de servidoras públicas, disponiendo que prestarían sus servicios a las entidades administradoras del mencionado programa, las cuales serían sus únicos empleadores, **sin que se pudiera extender una solidaridad patronal con el ICBF.**

Frente a estas nuevas disposiciones que otorgaban una índole laboral al vínculo creado con las madres comunitarias, la Corte Constitucional en su sentencia SU-079 de 2018 se pronunció de la siguiente manera:

«La Ley 1607 de 2012, otorgó a las madres comunitarias y sustitutas una beca por un salario mínimo legal mensual vigente. Además, indicó que de manera progresiva durante los años 2013 y 2014, se diseñarían y adoptarían diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implicara otorgarles la calidad de funcionarias públicas. (...)En desarrollo de la anterior disposición, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 289 de 2014¹ reglamentando la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades operadoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

(...) si bien el programa de Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar viene funcionando desde hace

¹ «Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones».

más de treinta años, a cargo de madres voluntarias cuya finalidad era garantizar a los niños de bajos recursos económicos cuidado y bienestar, su vinculación a través de contrato laboral y, por tanto, regida por el Código Sustantivo del Trabajo, solo se estableció a partir del año 2014 con el Decreto 289 del 12 de febrero.

En conclusión, con anterioridad a la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, las madres comunitarias no tuvieron vínculo o relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, lo cual supone que estos últimos no estaban obligados legalmente al pago de aportes parafiscales en favor de las primeras. Recuérdese que las tareas efectuadas por las madres comunitarias se realizaron dentro del marco de un trabajo solidario y una contribución voluntaria, de conformidad con la normatividad legal y la jurisprudencia constitucional.»

Reiterando lo anterior, la mencionada Corporación, en su sentencia SU-224 de 1998 agregó que «(D)ebe recordarse que solo a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador, contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral», considerando que frente a las pretensiones dirigidas contra el I.C.B.F., «al no poderse legalmente estructurar una relación de trabajo entre las accionantes y el ICBF, para la Corte no existía obligación alguna en cabeza de la entidad accionada de reconocerla y de pagar las prestaciones sociales inherentes a la misma».

Además, dado que los servidores públicos tan solo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a sus competencias, reiteró la Corte en la mencionada providencia que «el ICBF no está llamado a responder por los derechos fundamentales por ellas invocados, pues ha sido la ley y el reglamento, quienes han establecido las características del régimen jurídico de los hogares comunitarios y sustitutos de bienestar, no pudiendo la entidad actuar en contravía del ordenamiento que la rige»; concluyéndose que «no puede atribuírsele válidamente al ICBF haber ejecutado durante la existencia de los programas de hogares comunitarios y sustitutos actuaciones ilegales tendientes a desconocer relaciones de carácter laboral con las madres encargadas de los mismos, pues el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional reiterada, no admitieron tal hipótesis», preceptos que se encuentran reiterados en providencia SU-273 de 2019.

En sentido similar se pronunció la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, cuando en su providencia SL4430 del 10 de octubre de 2018 (Rad. 54.744 y M.P. JORGE BURGOS RUIZ) explica que «la actividad demandada al constituirse como una modalidad de servicio público asumida por el Estado debe prestarse conforme al régimen jurídico que fije la ley»,

independiente que se haga directamente o mediante contratos, de forma que «el objeto del contrato se trata de una actividad sui generis regulada por normas especiales de derecho público y «solo están sujetas a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo», art. 128 del D.2388 de 1979, «actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución», art. 127 ibidem, lo que excluye la aplicación del artículo 34 del CST.»

De conformidad con este recuento normativo y jurisprudencial, no es posible declararse la existencia de un contrato de trabajo entre la señora MARTHA ELENA ESTEBAN VILLÁN y el ICBF, tal como lo pretende la activa, como quiera que el ordenamiento jurídico ha previsto y desarrollado de manera expresa las actividades ejercidas por las madres comunitarias y los hogares de bienestar, advirtiéndose en toda su esquematización que se trata de un servicio desarrollado inicialmente bajo los preceptos de una contribución voluntaria y solidaria con los menores de su comunidad, y que fue formalizado, de manera paulatina, dentro de las políticas de progresividad de los derechos sociales y económicos, situación que ha sido advertida por la Corte Constitucional y que constituye un imperativo jurídico.

Entonces, considera la Sala que surge improcedente lo solicitado en la demanda, por cuanto la normatividad estudiada excluye de manera expresa la configuración de una relación de naturaleza laboral entre el ICBF y las madres comunitarias, así como de una solidaridad de las obligaciones causadas con el ICBF.

Igualmente, de ser posible la existencia de dicho contrato de trabajo con la entidad, de la revisión del haz probatorio surge evidente que no se aportó a juicio elemento alguno permita vislumbrar la prestación personal del servicio de la señora ESTEBAN VILLÁN en las fechas alegadas en la demanda, a favor de la entidad demandada, esto es, el ICBF, ya que únicamente se allegó a folio 19 una constancia expedida por la Asociación de Padres de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar, en la cual se indica que la demandante laboró con la Asociación Tucunaré desde el día 01 de octubre de 2006 hasta el 07 de junio de 2017, sin que se especifique las labores desarrolladas por esta, no siendo procedente entonces la aplicación de la presunción de existencia de trabajo consagrada en el artículo 24 del CST, no habiéndose demostrado tampoco la manera en la que se desarrollaba la alegada relación con la entidad, con el fin de determinar que esta ejercía un poder subordinante sobre la señora ESTEBAN VILLÁN, todo esto, con miras a establecer el carácter laboral pretendido.

Así las cosas, considera acertada la decisión tomada por el Juez Primero Laboral del Circuito en su sentencia proferida el 04 de septiembre de 2019 en cuanto absolvió a la pasiva de las pretensiones incoadas en su contra, debiéndose CONFIRMAR la misma en su totalidad.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a 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 señora MARTHA ELENA ESTEBAN VILLÁN y en favor del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, conforme al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

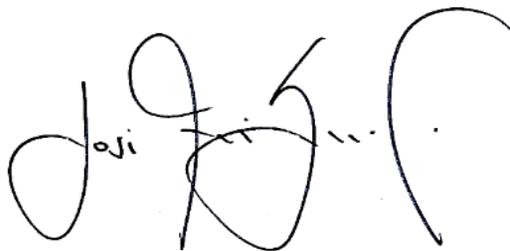
En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 04 de septiembre de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a 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 señora MARTHA ELENA ESTEBAN VILLÁN y en favor del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, conforme al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

NOTIFÍQUESE

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

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES

MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 102, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de noviembre de 2020



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Elver Naranjo

Magistrado sustanciador

Cúcuta, noviembre (3) de dos mil veinte (2020)

1o. ASUNTO

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 07 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-001-2018-00181-00, promovido por Miguel Ángel Torres Montero contra Contreras Granados Limitada y Bavaria S.A.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA. Depreca el actor se declare que el contrato de trabajo a término fijo existente con la empresa Contreras Granados LTDA., se prorrogó automáticamente en virtud del fuero que por incapacidad laboral ostenta. En consecuencia pide su reintegro sin solución de continuidad al cargo que desempeñaba o a uno de superior jerarquía compatible con su estado de salud junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social, e incapacidades médicas, causados desde la fecha del despido y hasta cuando se efectivice su reinstalación; sumas que persigue sean asumidas solidariamente por Bavaria S.A. Como peticiones subsidiarias persigue se condene solidariamente a las demandadas al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones dejados

de percibir desde su despido, las indemnizaciones de que tratan el artículo 64 y 65 del CST, y la sanción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Adujo para ello: **1) Que** inició a trabajar para la empresa Contreras Granados Ltda., el 19 de noviembre de 2015 mediante un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, cumpliendo las labores de repartidor de productos de Bavaria S.A., con un salario pactado de \$707.744 con un adicional de \$78.638. **2) Que** en cumplimiento de las actividades laborales que ejercía, adquirió una enfermedad laboral “*destrucción de la columna cervical y cardiopatía de rama izquierda*”, por la que lo han incapacitado permanentemente desde el mayo de 2016 **3) Que** pese a que su contrato se prorrogó automáticamente, su empleador canceló salarios tan solo hasta el 1 de noviembre de 2016, y el fondo de pensiones al que se encuentra afiliado, esto es, Protección S.A., pagó incapacidades hasta el 01 de agosto de 2017 **4) Que** el 31 de mayo de 2017 fecha en la que se encontraba incapacitado, su empleador le terminó vía telefónica el contrato de trabajo. **5) Que** elevó acción de tutela en contra de su empleador para que se ordenara ordenar su reintegro, misma que si bien fue negada en primera instancia, se concedió en sede de apelación por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cúcuta en decisión del 13 de octubre de 2017. **7) Que** la empresa Contreras Granados Ltda., no dio cumplimiento a la orden de reintegro, lo que ha afectado su mínimo vital, ello porque no le siguió cancelando los aportes a la seguridad social, y no ha percibido el pago de incapacidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA. Bavaria S.A. se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de: “*falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inepta demanda, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de responsabilidad solidaria, y prescripción*”. Adujo que nunca sostuvo vínculo laboral con el demandante y que por ello es ajena a cualquier tipo de responsabilidad laboral, resaltando la ausencia de participación de manera directa e indirecta en la relación contractual que se aduce en la demanda. Señaló

que sus actividades normales y ordinarias son las de producción de malta, elaboración de cervezas y otras bebidas malteadas, pero no la de transporte, razón por la que celebró un contrato de prestación de servicios de distribución con la empresa Contreras Granados Ltda., el 16 de octubre de 2010 para la entrega de productos. Indicó que de acuerdo a la cláusula 4.12 del contrato comercial N° 2010-00930 que celebró con la empresa Contreras Granados LTDA, le corresponde a esta como único empleador, asumir las obligaciones de su personal.

Contreras Granados Ltda., fue representada por curador *ad-litem*, de modo que se abstuvo de proponer excepciones de fondo, y dio por ciertos los hechos 1 al 7, 12, 13, 15 16 y 17 de la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, el 07 de febrero de 2020 declaró la existencia de una relación laboral entre el actor y Contreras Granados Ltda., desde el 19 de noviembre de 2015. Declaró probada la excepción de inexistencia de solidaridad esgrimida por Bavaria S.A.. Absolvió de las peticiones del libelo introductor y condenó en costas al demandante. Adujo que si bien existe una extensa historia clínica que da cuenta de las incapacidades otorgadas al actor, y se aportó en el transcurso del trámite, calificación de pérdida de capacidad laboral que arrojó un 62,48% con fecha de estructuración 1 de julio de 2016, lo cierto es que no se arrimó prueba alguna que acreditare el extremo final de la relación laboral o el hecho del despido, para establecer si este fue injusto y hay lugar o no a su reintegro con el consecuente pago de acreencias. Dijo que no podía predicarse solidaridad alguna de Bavaria S.A., comoquiera que el objeto social de Contreras Granados Ltda., y del contrato comercial suscrito entre aquéllas, por el que el actor prestó sus servicios, difiere de su actividad económica.

RECURSO DE APELACIÓN: el actor pretende se revoque la anterior decisión. Argumenta que en efecto no hay documento que acredite la forma de terminación de contrato de trabajo por cuanto como se señaló en la demanda, ello se hizo de forma telefónica, negándose la empresa a emitir por escrito alguna misiva de finalización; de manera que el juez debió aplicar el postulado de la buena fe al no poderse realizar el interrogatorio de parte al representante legal de la encartada por encontrarse representada a través de curador ad-litem. Refirió que Bavaria S.A. si resulta responsable de las acreencias laborales del actor bajo el entendido que la actividad de distribución de sus productos, labor que contrató con un tercero y que realizaba el demandante, no son ajenas o extrañas a su objeto social.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

El demandante reitera los hechos de la demanda. Indica que la enfermedad laboral que padece fue adquirida ejerciendo las actividades adelantadas por la sociedad contratista para el cumplimiento del servicio contratado por Bavaria S.A.. Sostiene que el haber estado incapacitado por más de 180 días lo hace acreedor de una estabilidad laboral reforzada. Aseveró que el empleador no le ha efectuado el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social, causándole un perjuicio en el pago de las incapacidades. En cuanto a la fecha de terminación del contrato, sostuvo que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de buena fe respecto a lo expresado en la demanda, debido a que el despido fue efectuado telefónicamente, y que la pasiva no le continuó realizando los aportes a seguridad social. Del mismo modo, dijo que el *a quo* no observó el registro único mercantil de la Cámara de Comercio de Bavaria S.A., en donde se encuentra que su objeto social es el de «*comercialización, distribución, almacenamiento y expendido*», por lo que es evidente que en ella recae responsabilidad solidaria. Finalmente, aseveró que ante la situación de debilidad manifiesta que presenta, no debió ser despedido.

Bavaria S.A. sostuvo que dentro del proceso no se demostraron los elementos necesarios para la configuración de la solidaridad de la que trata el artículo 34 del CST, debido a que su objeto social, difiere con el de la empresa Contreras Granados Ltda., pues no existe identidad de la actividad económica que desarrollan en el giro normal de sus negocios. Manifestó que de acuerdo al contrato de prestación de servicios No. 2010-00930 se observa la autonomía del contratista para ejecutar la labor contratada contenida en la cláusula 4.5, 4.6 y 4.12, concluyendo con esto, que no se puede predicar la existencia de una relación laboral con el demandante, en razón a que la empresa Contreras Granados Ltda., fue el único y verdadero empleador de aquél. Así las cosas, solicita se confirme la decisión de primera instancia.

3o. CONSIDERACIONES

A partir de la apelación del actor, los asuntos a resolver consisten en determinar si se encuentra acreditada o no la finalización del contrato de trabajo del demandante; en caso afirmativo, si la terminación del mismo acaeció en virtud de su condición de salud, dando lugar así al reintegro que pretende junto con el pago de los respectivos emolumentos laborales desde la fecha de terminación y hasta su reintegro efectivo; o si por el contrario obedeció a una razón objetiva de finalización del vínculo laboral. De no prosperar las pretensiones principales tendientes al reintegro, se establecerá si la terminación del contrato acaeció con justa o injusta causa. Finalmente y de encontrarse responsable a la demandada principal del pago de algún emolumento a favor del actor, se evaluará si de tales es solidariamente responsable Bavaria S.A., en voces de lo dispuesto en el artículo 34 del CST.

En función de resolver los cuestionamientos aludidos, sea lo primero señalar que se encuentra plenamente acreditado que entre el actor y Contreras

Granados Ltda., se celebró contrato de trabajo a término fijo inferior a un año el 19 de noviembre de 2015 como auxiliar de entrega en la distribución de los productos de Bavaria, según da cuenta documental obrante a folio 3.

Del mismo modo que entre Bavaria S.A. en calidad de empresa contratante y Contreras Granados Ltda., como contratista, se suscribió contrato de prestación de servicios de distribución N° 2010-00930, según puede verificarse en cuaderno anexo (Fls 1- 11).

En igual sentido, se encuentra demostrado que Miguel Ángel Torres Montero fue objeto de diversas atenciones médicas debido a la patología “*cardiomiopatía dilatada*” por la que le fueron otorgadas una serie de incapacidades interrumpidas entre el 6 de mayo de 2016 y el 31 de octubre de 2017 conforme da cuenta historia clínica vista a folios 22 a 112.

Asimismo, en el transcurso de este proceso, se aportó calificación de pérdida de capacidad laboral del actor emitida por la administradora de fondo de pensiones Protección S.A., la cual arrojó un porcentaje de pérdida del 62,48% con fecha de estructuración 01 de julio de 2016 por los diagnósticos de origen común denominados “*cardiomiopatía dilatada, otro dolor crónico y trastorno de disco cervical con radiculopatía*”, misma por la cual se otorgó pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración, lo que le fue comunicado el 26 de septiembre de 2018, conforme se verifica en las documentales que militan a folios 225 a 234 del proceso.

Expuesto lo anterior, comoquiera que el actor pretende se declare que su contrato de trabajo sigue vigente en tanto aduce que la terminación de aquél por parte de su empleador, que manifiesta lo fue el día 31 de mayo de 2017, es ilegal o sin justa causa, al no obtenerse la autorización previa de la respectiva autoridad administrativa, ello por ostentar el derecho a la estabilidad laboral

reforzada dado su estado de salud, ha de resolverse tal cuestión a la luz de lo dispuesto en la Ley 361 de 1997.

Sin embargo y previo a ello, habida cuenta que el a-quo señaló que no encontró probado el supuesto del despido, resulta importante verificar si ello es así, pues, bien ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que en materia de despidos al trabajador le basta con acreditarlo, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto; y específicamente en el supuesto de estabilidad laboral reforzada, que su decisión de dar por concluida la relación laboral, estuvo motivada en un principio de razón objetiva, ya que, de no ser así, ha de entenderse discriminatorio.

Así las cosas, una vez evaluado el acervo probatorio se tiene que si bien está acreditado que entre el actor y la empresa Contreras Granados Ltda., existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, también lo es que tal y como lo afirmó el a-quo, no se evidencia que aquél hubiere sido finalizado por su empleador o que éste haya dado lugar a la terminación (despido indirecto), pues, nótese que como lo refirió el mismo actor en su impugnación, no existe prueba adicional a su propio dicho respecto al despido, esto es, que le fue finalizado su contrato de trabajo por teléfono, lo que impide resolver favorablemente las súplicas tanto principales como subsidiarias del libelo genitor (despido sin justa causa e indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997). No resulta dable que se beneficie de sus propias afirmaciones, ya que, debió desplegar un importante ejercicio probatorio que respaldare tal aseveración. Téngase presente que en cuestión de la carga probatoria, quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, ello además en virtud de lo señalado en el artículo 167 del C.G.P.,

aplicable a esta especialidad por virtud de la remisión normativa que permite en artículo 145 del estatuto procesal laboral y de la seguridad social.

Y es que el supuesto de hecho que da viabilidad al reintegro por cuenta de una estabilidad laboral reforzada, no es únicamente la demostración de un precario estado de salud, mismo que en efecto está acreditado con la calificación de pérdida de capacidad laboral arrimada, sino el hecho del despido o la terminación, pues, sobre aquél se cimienta la presunción que contempla el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 -por medio de la cual se establecieron mecanismos de integración social de las personas con limitación-, esto es, que el mismo resultó discriminatorio.

Al respecto y en cuanto a la presunción de discriminación, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 de 2018 señaló:

*“Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso. En su lugar, se postula que **el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio**, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada.”* (subrayas y negrilla fuera del texto original)

Bajo este escenario, para que naciera la presunción discriminatoria en favor del demandante, debió acreditarse el despido o la finalización del vínculo contractual. Carga probatoria que le atañía a aquél y que estuvo ausente en el sub-analice. Es decir, no puede beneficiarse de la previsión del artículo 26 en cita, según el cual, en voces de la Corte Suprema de Justicia, ha de presumirse discriminatorio el despido, pues, solo es allí en donde se traslada

la carga de la prueba en cabeza del empleador, en aras de desvirtuar el hecho presumido, quien para ello deberá demostrar que la determinación de finiquitar el vínculo estuvo fundada en un motivo ajeno a su situación de salud.

En las anteriores condiciones y pese a que fue objeto de apelación la solidaridad que se persigue de Bavaria S.A., irrelevante resulta el análisis de tal dada la absolución de las peticiones dirigidas en contra de Contreras Granados Ltda.

En síntesis, deberá confirmarse la decisión del a-quo dado que la pretensión de reintegro por estabilidad laboral reforzada, no está llamada a la prosperidad en la medida que la Ley 361 de 1997 en la cual se funda, si bien protege al trabajador que presente una merma importante en su estado de salud, lo es frente a comportamientos discriminatorios por parte del empleador, es decir, aquellos que tienen como propósito o efecto la exclusión del empleo a través del despido. Circunstancia esta última que no resultó probada, la cual además, resultaba necesaria para acceder a las pretensiones de indemnización del artículo 26 ibídem y la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 65 del CSTSS que se elevó de manera subsidiaria.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del CGP, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas al demandante al no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada \$200.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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 07 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al actor. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada la suma de \$200.000. Líquidense de manera concentrada por el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

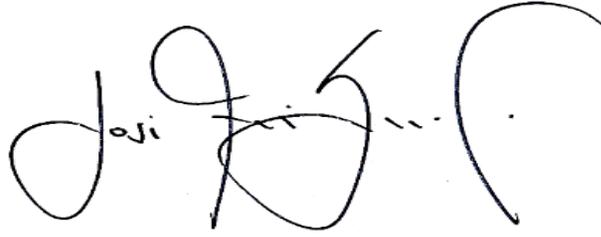
Los Magistrados,



ELVER NARANJO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 102, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de noviembre 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

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-001-2018-00198-01

Partida Tribunal: 18601

Juzgado: Primero Laboral Circuito de Cúcuta

Demandante: Ana Francisco Monroy de Contreras

Demandada (o): Colpensiones

Tema: Reliquidación de pensión

Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, tres (03) de noviembre 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 demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta , el día 13 de diciembre de 2018, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2018-00198-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18601 promovido por la señora ANA FRANCISCA MONROY CONTRERAS en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante, por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, con el fin de que se condene a esta al pago

de la reliquidación de la pensión de vejez del señor CARLOS ARTURO CONTRERAS GARCÍA (q.e.p.d.), a partir del 01 de abril de 2008, en cuantía de \$795.954, teniendo en cuenta el IBC realmente devengado por el extrabajador y no como equivocadamente lo reconoció el entonces ISS en cuantía de \$461.500; solicitó además que se sustituya a su favor, como cónyuge, la mesada pensional reliquidada, se condene a la pasiva al pago de los intereses moratorio, de la indexación de las sumas y los intereses legales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 44 a 46 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que el señor CARLOS ARTURO CONTRERAS GARCÍA (q.e.p.d.) nació el 24 de enero de 1946, cumpliendo los 60 años de edad el 24 de enero de 2006 y radicó ante el entonces ISS la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez el día 15 de mayo de 2008, negada mediante Resolución N° 006592 del 28 de julio de 2008.
2. Que agotado el procedimiento administrativo y judicial, el ISS reconoció la pensión de vejez solicitada mediante Resolución N 003576 del 18 de junio de 2010, a partir del 01 de abril de 2008, en cuantía de \$461.500, pensión que fue reconocida teniendo en cuenta la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.
3. Que el ISS no tuvo en cuenta para liquidar la pensión, el IBC realmente devengado durante toda la historia laboral o durante los últimos diez años.
4. Que encontrándose disfrutando de su pensión, el señor CONTRERAS GARCÍA falleció el 23 de julio de 2011 y mediante Resolución N|2051 de 2012 el ISS le reconoció la sustitución pensional, en calidad de cónyuge supérstite.
5. Que mediante Resolución GNR 141458 del 16 de mayo de 2015, Colpensiones negó la reliquidación de la pensión de sobrevivientes, indexación e intereses moratorios, decisión que fue recurrida y apelada, sin que la entidad modificara aquella decisión.

6. Que mediante escrito de fecha 04 de diciembre de 2017 se radicó una nueva petición la cual no ha sido resuelta.

III. NOTIFICACIÓN A LOS DEMANDADOS

Notificada de la admisión de la demanda presentada en su contra, la entidad demandada aceptó como ciertos los hechos 1 a 9, 15 a 19, 21 y 22, y los demás que no son ciertos; se opuso a la totalidad de las pretensiones, manifestando que el reconocimiento de la pensión de vejez del señor CONTRERAS GARCÍA se hizo en cumplimiento a un fallo judicial, por lo que no es procedente una reliquidación, cuando dicha sentencia se encuentra ejecutoriada.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 26 de abril de 2019, resolvió declarar probada la excepción cobro de lo no debido planteada por la pasiva, absolviéndola de las pretensiones incoadas en su contra.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que ejecutoriada como se encuentra en su debida forma la sentencia proferida y cumplido por la entidad lo ordenado en la misma, no es posible realizar un nuevo estudio de la prestación, pues para el expediente no se traen nuevos elementos que indiquen que se deba analizar de nuevo el derecho ya reconocido, ya que en la discusión del proceso ordinario se tuvieron en cuenta los mismos documentos, las mismas pruebas, los mismos ingresos bases de cotización y el mismo ingreso base de liquidación de la pensión, y esta situación ya fue estudiada.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Al encontrarse en desacuerdo con la anterior sentencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación en su contra, alegando que al señor CARLOS ARTURO CONTRERAS GARCIA, se le reconoció y se le pago una pensión

de vejez la cual fue sustituida a su esposa ANA FRANCISCA MONRROY DE CONTRERAS; que no obstante la liquidación de pensión reconocida no tuvo en cuenta el IBC realmente devengado durante toda la historia laboral o durante los últimos diez años actualizados, contrayendo al valor presente conforme el IPC vigente administrado por el DANE, motivo por el cual COLPENSIONES no da aplicabilidad al Art. 37 de la Ley 100 de 1993, pues no le reconoció con el monto del cual le correspondía al trabajador sin tener en cuenta el IBL, por lo que decretó que no hay derecho a que su pensión sea reliquidada, a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, máxime cuando la jurisprudencia y la normativa propenden por reconocer la pensión por vejez en condiciones dignas justa y en forma oportuna.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

PARTE DEMANDANTE. Realizó la parte, en sus alegaciones, recuento de los hechos incluidos en la demanda, insistiendo que en aplicación de los principios constitucionales de favorabilidad, la condición mas beneficiosa y el in dubio pro operario, se le otorgue a la demandante el derecho a que la pensión otorgada sea reliquidada.

PARTE DEMANDADA. Respecto de la reliquidación de la pensión de vejez post mortem reconocida al señor CARLOS ARTURO CONTRERAS GARCIA, que pretende la accionante ANA FRANCISCA MONROY CONTRERAS, indicó que la pensión de vejez fue reconocida en virtud de sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA contra el ISS con radicado No. 2010-0014, la cual resolvió lo siguiente:

(...) PRIMERO: DECLARAR que el demandante CARLOS ARTURO CONTRERAS GARCIA, efectuó aportes rubro pensión ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en total de 1.062,15 semanas, de conformidad con las motivaciones de la sentencia.

SEGUNDO; DECLARAR que el demandante CARLOS ARTURO CONTRERAS GARCIA, CUMPLE con los requisitos legales establecidos por el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, conforme a lo expuesto en las motivaciones de la sentencia.

TERCERO: CONDENAR al demandado INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, reconocer y pagar a favor del demandante CARLOS ARTURO CONTRERAS GARCIA, pensión por vejez, a partir del 01 de 2008, debiendo pagar dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, las mesadas pensionales causadas desde la fecha, indexando la primera mesada y pagando intereses de mora sobre mesadas hasta su cancelación, conforme a las motivaciones de esta sentencia”.

Que conforme a lo anterior, no es procedente la prestación como lo deprecia la demandante, toda vez que la Administradora de Pensiones dio estricto cumplimiento a una orden judicial proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en los términos y cuantías allí indicadas, siendo así, el caso bajo estudio hizo tránsito a cosa juzgada, sin que sea posible adelantar una nueva prestación económica, toda vez que no se encuentran nuevos elementos para realizar nuevo estudio de la prestación, encontrándose la Resolución No. 3576 del 18 de junio de 2010, conforme a derecho, motivo por el cual no es procedente lo que insiste pretender la accionante.

Una vez cumplido el término otorgado para presentar alegaciones finales, 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.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el**

problema jurídico que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si es procedente la reliquidación de la pensión de sobrevivientes de que es beneficiaria la señora ANA FRANCISCA MONROY DE CONTRERAS, con su correspondiente indexación y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Al estudiar la procedencia de lo peticionado, el Juez A quo determinó que el monto de la pensión de vejez otorgada al señor CONTRERAS GARCÍA (qepd) la cual fue sustituida a la señora ANA FRANCISCA MONROY DE CONTRERAS como cónyuge sobreviviente supérstite a partir del 23 de julio de 2011, fue determinado mediante sentencia judicial, que se encuentra ya ejecutoriada, proferida por el mismo Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 16 de abril de 2010 dentro del proceso ordinario con Radicado 2010-0014, por lo que, al no aportarse pruebas o hechos nuevos al proceso que hoy nos ocupa, diferentes a los aportados en el tramitado con anterioridad, no es posible volver a analizar si el monto pagado por COLPENSIONES se ajusta o no a derecho.

Así las cosas, debe estudiar la Sala si en el presente caso se encuentran probadas las excepciones declaradas por el A quo al existir sentencia judicial ejecutoriada que otorgó el derecho a la pensión de vejez al señor CONTRERAS GARCÍA, sustituida en su cónyuge supérstite.

A folios 118 a 126 se observa la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 16 de abril de 2010 dentro del proceso con Radicado 2010-00014, la cual fue solicitada por esta Sala a dicho despacho mediante oficio de fecha veintitrés de octubre de 2020, en la cual se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR que el demandante CARLOS ARTURO CONTRERAS GARCÍA, efectuó aportes rubro pensión ante el INSTITUTIO (sic) DE SEGUROS SOCIALES, en total de 1.062,15 semanas, de conformidad a las motivaciones de la sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el demandante CARLOS ARTURO CONTRERAS GARCÍA, CUMPLE Con los requisitos legales establecidos por el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por decreto 758 del mismo año, conforme a lo expuesto en las motivaciones de la sentencia.

TERCERO: CONDENAR al demandado INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, reconocer y pagar a favor del demandante CARLOS ARTURO CONTRERAS GARCÍAS, Pensión por Vejez, a partir del 01 de abril de 2008, debiendo pagar dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, las mesadas pensionales causadas desde esta fecha, indexando la primera mesada y pagando intereses de mora sobre mesadas causadas hasta su cancelación, conforme a las motivaciones de esta sentencia.

(...)"

Esta sentencia no fue objeto de recurso por alguna de las partes, habiéndose declarado su ejecutoria mediante auto de fecha 28 de abril de 2010.

A folios 17 a 18 se allega la resolución N° 003576 de 2010 mediante la cual se dio cumplimiento a la sentencia citada, mencionando que "la liquidación se basó en lo dispuesto en la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral Del Circuito De Cúcuta".

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisando con detenimiento la sentencia judicial proferida dentro del proceso con Radicación 2010-00014, no encuentra esta Sala que durante el trascurso del mismo se haya discutido el monto de la pensión de vejez que le fue otorgada al señor CONTRERAS GARCÍAS, ya que únicamente fue declarado el derecho, sin haberse condenado de manera concreta a la entidad demandada.

Así, es necesario entonces revisar la figura de cosa juzgada, ya que si bien esta no fue declarada como probada de oficio por el A quo, de las consideraciones de su sentencia es posible concluir que la misma sirvió de fundamento para decidir que existía un cobro de lo no debido y una inexistencia de la obligación, encontrándose aquella consagrada en el artículo 303 del CGP:

ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con

posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.

En el presente caso, si bien se observa que existe identidad de partes, ya que la señora MONROY DE CONTRERAS fue sucesora de la pensión de vejez por causa de muerte del señor CONTRERAS GARCÍA, siendo los mismos sujetos procesales quienes intervienen en ambos procesos, considera esta Sala que no se cumplen con las otras dos exigencias establecidas.

En primer lugar, **no hay una identidad de objeto**, al no ser idénticas las pretensiones incoadas, ya que en la primera contienda judicial lo que se reclamó fue el otorgamiento de la pensión de vejez del señor CARLOS ALBERTO CONTRERAS GARCÍA a cargo del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, desde el 01 de abril de 2007 y que se le obligara a cancelar las mesadas pensionales causadas desde dicha fecha, debidamente indexadas junto con los intereses moratorios causados; y si bien, en principio, el tema del monto de una pensión está inserto en su reconocimiento, en el anterior proceso el debate jurídico se dio alrededor del cumplimiento por parte del actor de los requisitos exigidos para obtener la pensión reclamada, no habiéndose estudiado el monto de la misma, dándose una decisión judicial sin cuantificación de la condena; mientras que en el segundo proceso, lo que se está demandado es que se reliquide el monto de la pensión otorgada, la cual fue liquidada por el ISS a través de la Resolución N° 003576 de 2010, supuestamente con base en lo dispuesto en la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.

Tampoco se considera que exista una **identidad de causa**, como quiera que el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado, no es el mismo, ya que en el primer proceso, lo que motivó la demanda fue la negativa del ISS de la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez realizada por el señor CARLOS ARTURO CONTRERAS GARCÍA, ante la falta de requisitos legales, la cual se dio a través de la Resolución N° 006592 de 2008 (folio 22), expedida por la entidad demandada, la cual fue confirmada

a través de Resolución N° 5608 de 2009 (folios 19 a 21); mientras que el proceso que nos ocupa tiene su causa en el hecho que el ISS liquidó, a través de la Resolución N° 003576 de 2010 (folios 17 y 18), la pensión otorgada, sin tener un fundamento judicial y en contravía de lo regulado en la ley, negándose a revisar dicha liquidación en su Resolución 5809 de 2010 (folios 14 y 15) y posteriormente mediante Resoluciones GNR141458 de 2015 (folios 11 a 13), GNR 336777 de 2015 (folios 7 a 9) y DIR159 de 2018 (folios 3 a 6) expedidas por COLPENSIONES.

Además, es de anotar que el juez de la causa del primer litigio, una vez definió el derecho a la pensión de vejez a favor del señor demandante, no analizó para nada lo relacionado con la manera de obtener el IBL de dicha prestación, para con ello entrar a verificar el monto de la primera mesada; por esto, no se puede considerar que este aspecto tan fundamental de la pensión, como es su cuantía, quedó juzgado y definido en el juicio anterior.

Ante una situación similar, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ, en sentencia proferida el día 4 de marzo de 2009 con Rad. N°34351, se pronunció de la siguiente manera:

Es verdad irrefutable, como lo anotó el Tribunal, que en la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de marzo de 1999, dentro del proceso ordinario adelantado por Heliodoro Barrera Jerez contra el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se condenó a éste a pagar la pensión sanción de jubilación “en la cuantía que indica la ley” (Resalta la Corte). Dicha sentencia fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá en providencia del 14 de mayo de 1998.

No obstante, en dichas sentencias no se precisó el porcentaje para el monto de la pensión sanción que debía reconocer el Fondo de Pasivo Social, sino que simplemente se dijo que la cuantía sería la indicada en la ley.

Es evidente que el Fondo demandado reconoció la pensión sanción a su beneficiario, fijando su monto en proporción al 75% que le hubiera podido corresponder si hubiera completado los 20 años de servicio, porcentaje del cual discrepa la censura, afirmando en contrario, que como se trata de un trabajador ferroviario, el porcentaje general para esa clase de servidores es

del 80% del último salario promedio, el cual debe observarse para efectos de la proporcionalidad del monto de la pensión sanción.

Para el Tribunal hay cosa juzgada y vistas así las cosas debe decirse desde ya, que dicha figura tiene ocurrencia solamente respecto del derecho, más no puede predicarse respecto del monto del mismo, por la indefinición que se exhibe en las sentencias judiciales, en tanto dijeron que la cuantía sería la indicada en la ley.

Ahora, la definición de ese aspecto no es propio de un proceso ejecutivo, con el que por regla general, se busca el pago coercitivo de obligaciones impuestas judicialmente o que provengan del deudor o de su causante, pero sin que para ello el juez de la fuerza tenga que definir asuntos puramente jurídicos, propios de un proceso de conocimiento, como precisamente es el que se presentó en el proceso ordinario anterior en torno al monto de un derecho cuya precisión cuantitativa inexplicablemente fue omitida por los juzgadores de instancia, quienes simplemente se remitieron a lo que establecía la ley, posibilitando con ello una nueva controversia judicial respecto de la cuantía de la pensión, como efectivamente ocurrió.

En igual sentido, dicha Corporación, el día 22 de junio de 2016 en sentencia con Rad. N°45740 manifestó lo siguiente:

En este orden de ideas, con lo resuelto en el primer litigio, bien puede existir el fenómeno jurídico de la cosa juzgada frente al derecho pensional como tal, en el sentido que el ISS estaba obligado a reconocer la pensión especial de vejez por estar expuesto el actor a altas temperaturas, que coincide con lo decidido administrativamente de motu proprio por la propia entidad, quien también la otorgo, erigiéndose en un indiscutible derecho adquirido, protegido por los arts. 48 y 53 de la Constitución Política, no ocurre así, frente a la cuantía de la pensión, que fue lo que llevó al actor a demandar en una segunda causa pretendiendo que no le fuera desconocido su derecho constitucional a recibir la pensión que legalmente corresponde.

Por todo lo expresado, se concluye que frente a la cuantía de la prestación pensional, no hay, en este caso en particular, cosa juzgada, y por lo tanto los jueces de instancia debieron pronunciarse sobre lo pedido en el presente proceso, esto es, la «cuantía conforme al promedio de los aportes hechos para pensión y que fueron tenidos en cuenta en la resolución No. 23379 del 8 de octubre del año 2002, en cuantía inicial de \$370.377,82, de tal suerte que para

noviembre del año 2002 la cuantía sea igual a la suma de \$433.599,00», lo cual implica aplicar en debida forma el IBL conforme a la norma pertinente, análisis que el ad quem no llevó a cabo.

En virtud de lo anterior, considera esta Sala que no existe cosa juzgada frente al monto de la pensión que fue otorgada a favor del señor CARLOS ARTURO CONTRERAS GARCÍA la cual fue sustituida a la aquí demandante, por lo que se REVOCARÁ lo resuelto por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en su providencia de fecha 26 de abril de 2019, y en su lugar se estudiará lo pretendido en la demanda.

Con el fin de liquidar el IBL para determinar si el valor de la pensión de vejez reconocida por el ISS- hoy COLPENSIONES- al señor CONTRERAS GARCÍA (q.e.p.d.), fue en efecto menor al que por Ley le correspondía, es necesario aplicar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual establece lo siguiente:

ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Atendiendo el número de semanas cotizadas declaradas por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en su sentencia de abril de 2010, se observa que el señor CONTRERAS GARCÍA cotizó 1.062,15 semanas, por lo que, en aplicación del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el IBL se obtendrá con el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los últimos diez años anteriores al reconocimiento de la pensión, dando una suma de \$1.116.039 (Tabla Anexa N°1), arrojando un valor de \$870.510 para el año en que se causó la pensión, es decir en el 2008, al aplicarle la tasa del 78% en virtud

del párrafo 2º del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, según el total de semanas cotizadas por el pensionado, valor aquel que reajustado en aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, al 2011, a la fecha en que fue sustituida la pensión en su cónyuge, equivale a \$986.330 y a la fecha de la presente sentencia, equivale a \$1.394.066.

Así las cosas, procederá esta Sala a **REVOCAR** en su totalidad la sentencia apelada proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta proferida el día 26 de abril de 2019, y en su lugar se **CONDENARÁ a la entidad demandada a pagar a la señora ANA FRANCISCA MONROY DE CONTRERAS la pensión de sobrevivientes ya reconocida, en un monto de \$986.330 a partir del 23 de julio de 2011.**

Ahora, con respecto a la solicitud del pago del retroactivo de las mesadas reliquidadas desde el 01 de abril de 2010, es necesario revisar la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

De las pruebas aportadas al proceso, se observa lo siguiente:

- Mediante Resolución N 003576 de 2010 (folios 17 y 18), notificada el día 23 de agosto del mismo año, el ISS le otorgó la pensión de vejez al señor CARLOS ARTURO CONTRERAS GARCÍA, en un valor equivalente a un salario mínimo legal vigente.
- Frente a esta Resolución, el pensionado interpuso los recursos de reposición y apelación, habiendo la entidad resuelto el primero de ellos mediante Resolución 5809 de 2010 (folios 14 y 15), notificada el **20 de enero de 2011**, sin que conste en el expediente la resolución mediante la cual la entidad resolvió el recurso de apelación presentado.
- Con ocasión del fallecimiento del señor CONTRERAS GARCÍA, Colpensiones otorgó la pensión de sobrevivientes a la señora ANA FRANCISCA MONROY DE CONTRERAS mediante Resolución N° 2051 de 2012, quien el día **05 de diciembre de 2014**, solicitó frente a la entidad la reliquidación de dicha prestación.
- Mediante Resolución GNR 141458 de 2015 (folios 11 a 13), Colpensiones negó la solicitud de reliquidación impetrada, frente a la cual se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio, el de apelación, siendo resueltos los mismos mediante Resoluciones GNR

336777 del 27 de octubre de 2015 (folios 7 a 9) y DIR 159 del 04 de enero 2018 (folios 3 a 5), respectivamente, siendo notificada esta última, el día **22 de enero de 2018.**

- El día **26 de junio de 2018** la señora MONROY DE CONTRERAS presentó la demanda ordinaria laboral que hoy nos ocupa.

Del anterior recuento, es claro para esta Sala que el derecho a la pensión de vejez en el valor de un salario mínimo legal mensual vigente del actor, se hizo exigible el día 20 de enero de 2011, fecha en que se notificó la resolución que resolvió el recurso de reposición presentado contra la resolución que otorgó tal derecho (esto, por cuanto no consta en el expediente la fecha de notificación de la resolución del recurso de apelación presentado en subsidio de aquel), fecha a partir de la cual el pensionado contaba con tres años para solicitar su reliquidación, sin que operara el fenómeno prescriptivo consagrado en los artículos 489 del CST y 151 del CPTYSS, término que finalizaba el 20 de enero de 2014, fecha que arribó sin que se presentara reclamación alguna, habiéndose instaurado la misma hasta el 05 de diciembre de 2014, por lo que se declararán prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 05 de diciembre de 2011, debiéndose **CONDENAR** a COLPENSIONES al pago del retroactivo pensional causado desde el 05 de diciembre de 2011 y hasta que se haga efectivo el pago, suma que a 30 de septiembre asciende a \$60.208.187 (Tabla Anexa N°2).

INTERESES MORATORIOS

En punto a los intereses moratorios, de larga data esta Sala ha sostenido el criterio de que los mismos no proceden en cuanto lo otorgado se refiere a reliquidaciones o reajustes del valor de la pensión al considerar que si bien no se pagaba mensualmente la suma que por Ley le correspondía al pensionado, la entidad en efecto se encontraba cancelando una mesada al mismo, fundamentando lo anterior, en numerosas sentencias proferidas por la H.CSJ en las cuales había sentado su posición al respecto.

Sin embargo, recientemente el alto tribunal repensó dicho criterio, modificándolo en el sentido de considerar que esta sanción, de naturaleza resarcitoria, procede en caso de tratarse de la reliquidación del valor de la

mesada pensional, plasmando esta postura en la sentencia SL3130 del 19 de agosto de 2020, de la siguiente manera:

Como conclusión, la Corte encuentra suficientes razones para modificar su jurisprudencia hasta ahora vigente, y sostener que la correcta interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 permite inferir que los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente.

Así las cosas, al encontrarnos frente a un reajuste del monto de la pensión de vejez, sustituida a la cónyuge supérstite, señora ANA FRANCISCA MONROY DE CONTRERAS, procede esta Sala a modificar su postura respecto de la procedencia de los intereses moratorios consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en dicho escenario, y en consecuencia, **CONDENARÁ** a COLPENSIONES al pago de dicha sanción sobre las sumas insolutas a la actora, a partir del 06 de abril de 2015, teniendo en cuenta que la solicitud de reliquidación fue presentada por la actora el 05 de diciembre de 2014.

Sin costas en esta instancia por cuanto los resultados del recurso fueron favorables a la apelante.

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,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR en su totalidad la sentencia apelada proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta proferida el día 26 de abril de 2019, y en su lugar **CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la señora ANA FRANCISCA MONROY DE CONTRERAS la pensión de sobrevivientes ya reconocida, en un monto de \$986.330 a partir del 23 de julio de 2011.**

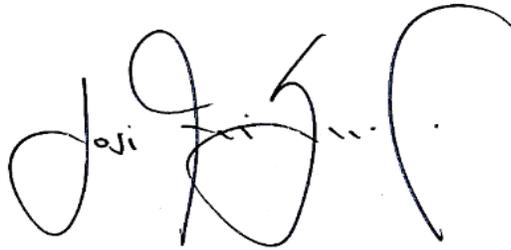
SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES al pago del retroactivo pensional causado a favor de la señora ANA FRANCISCA MONROY DE

CONTRERAS, desde el 05 de diciembre de 2011 y hasta que se verifique su pago, suma que a 30 de septiembre de 2020 asciende a \$60.208.187.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES al pago a favor de la señora MONROY DE CONTRERAS, de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, causados sobre las sumas insolutas a partir del 06 de abril de 2015 y hasta que se verifique el pago del retroactivo debido por la entidad.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE

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

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Elver Naranjo', with a large, stylized flourish on the right side.

ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Nidia Belén Quintero G.

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 102, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de noviembre de 2020



Secretario

CÁLCULOS PROMEDIO PARA OBTENER IBL PENSIONAL										*AÑO	*Mes	PROMEDIO SALARIAL: (Salario actualizado multiplicado por el número de días de ese salario, dividido por el número total de todos los días)
FECHA HASTA DONDE SE HIZO LA ÚLTIMA COTIZACIÓN (Año/Mes) :										2008	03	
DESDE			HASTA			# Días	INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (IBC) (Último Salario)	IPC FINAL	IPC INICIAL	SALARIO ACTUALIZADO Ó INDEXADO		
Año	*Mes	Día	Año	*Mes	Día							
1979	05	11	1979	08	29	109	\$ 7.470,00	64,82	0,56	\$ 864.652,50	\$26.179,76	
1980	07	01	1980	09	03	63	\$ 9.480,00	64,82	0,72	\$ 853.463,33	\$14.935,61	
1981	03	31	1982	04	19	379	\$ 11.850,00	64,82	1,14	\$ 673.786,84	\$70.934,78	
1982	04	27	1985	11	15	1279	\$ 41.040,00	64,82	1,96	\$ 1.357.251,43	\$482.201,27	
2003	04	01	2003	04	30	30	\$ 664.000,00	64,82	49,83	\$ 863.746,34	\$7.197,89	
2003	05	01	2003	06	30	60	\$ 663.704,00	64,82	49,83	\$ 863.361,29	\$14.389,35	
2003	07	01	2003	07	31	30	\$ 664.000,00	64,82	49,83	\$ 863.746,34	\$7.197,89	
2003	08	01	2003	12	31	150	\$ 663.704,00	64,82	49,83	\$ 863.361,29	\$35.973,39	
2004	01	01	2004	01	31	30	\$ 618.000,00	64,82	53,07	\$ 754.828,72	\$6.290,24	
2004	02	01	2004	11	30	300	\$ 1.022.000,00	64,82	53,07	\$ 1.248.276,62	\$104.023,05	
2004	12	01	2004	12	31	30	\$ 1.022.069,00	64,82	53,07	\$ 1.248.360,89	\$10.403,01	
2005	01	01	2005	01	31	30	\$ 1.022.000,00	64,82	55,98	\$ 1.183.387,64	\$9.861,56	
2005	02	01	2006	01	31	360	\$ 1.094.000,00	64,82	58,70	\$ 1.208.059,28	\$120.805,93	
2006	02	01	2006	02	28	30	\$ 1.200.000,00	64,82	58,70	\$ 1.325.110,73	\$11.042,59	
2006	03	01	2007	01	31	330	\$ 1.170.000,00	64,82	61,33	\$ 1.236.579,16	\$113.353,09	
2007	03	01	2008	03	31	390	\$ 750.000,00	64,82	64,82	\$ 750.000,00	\$81.250,00	

IBL: (Sumatoria de Promedios)	\$1.116.039,40
--	-----------------------

* Total Días	3600
# Semanas	514,29

RETROACTIVO TOTAL- CON MESADA RELIQUIDADA (Desde diciembre de 2011 según prescripción)

DESDE		HASTA		IPC Inicial	IPC Final	Incremento	MESADAS
Año	Mes	Año	Mes		103,8	Pensional Art. 14 L100	
2011	12	2020	09	73,45	103,8	3,73%	\$854.819,33
2011	M14	2020	09	73,45	103,8		\$986.330,00
2012	01	2020	09	76,19	103,8		\$1.023.120,11
2012	02	2020	09	76,19	103,8		\$1.023.120,11
2012	03	2020	09	76,19	103,8		\$1.023.120,11
2012	04	2020	09	76,19	103,8		\$1.023.120,11
2012	05	2020	09	76,19	103,8		\$1.023.120,11
2012	06	2020	09	76,19	103,8		\$1.023.120,11
2012	M13	2020	09	76,19	103,8		\$1.023.120,11
2012	07	2020	09	76,19	103,8		\$1.023.120,11
2012	08	2020	09	76,19	103,8		\$1.023.120,11
2012	09	2020	09	76,19	103,8		\$1.023.120,11
2012	10	2020	09	76,19	103,8		\$1.023.120,11
2012	11	2020	09	76,19	103,8		\$1.023.120,11
2012	12	2020	09	76,19	103,8	2,44%	\$1.023.120,11
2012	M14	2020	09	76,19	103,8		\$1.023.120,11
2013	01	2020	09	78,05	103,8		\$1.048.084,24
2013	02	2020	09	78,05	103,8		\$1.048.084,24
2013	03	2020	09	78,05	103,8		\$1.048.084,24
2013	04	2020	09	78,05	103,8		\$1.048.084,24
2013	05	2020	09	78,05	103,8		\$1.048.084,24
2013	06	2020	09	78,05	103,8		\$1.048.084,24
2013	M13	2020	09	78,05	103,8		\$1.048.084,24
2013	07	2020	09	78,05	103,8		\$1.048.084,24
2013	08	2020	09	78,05	103,8		\$1.048.084,24
2013	09	2020	09	78,05	103,8		\$1.048.084,24
2013	10	2020	09	78,05	103,8		\$1.048.084,24
2013	11	2020	09	78,05	103,8		\$1.048.084,24
2013	12	2020	09	78,05	103,8	1,94%	\$1.048.084,24
2013	M14	2020	09	78,05	103,8		\$1.048.084,24
2014	01	2020	09	79,56	103,8		\$1.068.417,07
2014	02	2020	09	79,56	103,8		\$1.068.417,07
2014	03	2020	09	79,56	103,8		\$1.068.417,07
2014	04	2020	09	79,56	103,8		\$1.068.417,07
2014	05	2020	09	79,56	103,8		\$1.068.417,07
2014	06	2020	09	79,56	103,8		\$1.068.417,07
2014	M13	2020	09	79,56	103,8		\$1.068.417,07
2014	07	2020	09	79,56	103,8		\$1.068.417,07
2014	08	2020	09	79,56	103,8		\$1.068.417,07
2014	09	2020	09	79,56	103,8		\$1.068.417,07
2014	10	2020	09	79,56	103,8		\$1.068.417,07
2014	11	2020	09	79,56	103,8		\$1.068.417,07
2014	12	2020	09	79,56	103,8	3,66%	\$1.068.417,07

2014	M14	2020	09	79,56	103,8		\$1.068.417,07
2015	01	2020	09	82,47	103,8		\$1.107.521,14
2015	02	2020	09	82,47	103,8		\$1.107.521,14
2015	03	2020	09	82,47	103,8		\$1.107.521,14
2015	04	2020	09	82,47	103,8		\$1.107.521,14
2015	05	2020	09	82,47	103,8		\$1.107.521,14
2015	06	2020	09	82,47	103,8		\$1.107.521,14
2015	M13	2020	09	82,47	103,8		\$1.107.521,14
2015	07	2020	09	82,47	103,8		\$1.107.521,14
2015	08	2020	09	82,47	103,8		\$1.107.521,14
2015	09	2020	09	82,47	103,8		\$1.107.521,14
2015	10	2020	09	82,47	103,8		\$1.107.521,14
2015	11	2020	09	82,47	103,8		\$1.107.521,14
2015	12	2020	09	82,47	103,8	6,77%	\$1.107.521,14
2015	M14	2020	09	82,47	103,8		\$1.107.521,14
2016	01	2020	09	88,05	103,8		\$1.182.500,32
2016	02	2020	09	88,05	103,8		\$1.182.500,32
2016	03	2020	09	88,05	103,8		\$1.182.500,32
2016	04	2020	09	88,05	103,8		\$1.182.500,32
2016	05	2020	09	88,05	103,8		\$1.182.500,32
2016	06	2020	09	88,05	103,8		\$1.182.500,32
2016	M13	2020	09	88,05	103,8		\$1.182.500,32
2016	07	2020	09	88,05	103,8		\$1.182.500,32
2016	08	2020	09	88,05	103,8		\$1.182.500,32
2016	09	2020	09	88,05	103,8		\$1.182.500,32
2016	10	2020	09	88,05	103,8		\$1.182.500,32
2016	11	2020	09	88,05	103,8		\$1.182.500,32
2016	12	2020	09	88,05	103,8	5,75%	\$1.182.500,32
2016	M14	2020	09	88,05	103,8		\$1.182.500,32
2017	01	2020	09	93,11	103,8		\$1.250.494,09
2017	02	2020	09	93,11	103,8		\$1.250.494,09
2017	03	2020	09	93,11	103,8		\$1.250.494,09
2017	04	2020	09	93,11	103,8		\$1.250.494,09
2017	05	2020	09	93,11	103,8		\$1.250.494,09
2017	06	2020	09	93,11	103,8		\$1.250.494,09
2017	M13	2020	09	93,11	103,8		\$1.250.494,09
2017	07	2020	09	93,11	103,8		\$1.250.494,09
2017	08	2020	09	93,11	103,8		\$1.250.494,09
2017	09	2020	09	93,11	103,8		\$1.250.494,09
2017	10	2020	09	93,11	103,8		\$1.250.494,09
2017	11	2020	09	93,11	103,8		\$1.250.494,09
2017	12	2020	09	93,11	103,8	4,09%	\$1.250.494,09
2017	M14	2020	09	93,11	103,8		\$1.250.494,09
2018	01	2020	09	96,92	103,8		\$1.301.639,30
2018	02	2020	09	96,92	103,8		\$1.301.639,30
2018	03	2020	09	96,92	103,8		\$1.301.639,30
2018	04	2020	09	96,92	103,8		\$1.301.639,30
2018	05	2020	09	96,92	103,8		\$1.301.639,30
2018	06	2020	09	96,92	103,8		\$1.301.639,30
2018	M13	2020	09	96,92	103,8		\$1.301.639,30
2018	07	2020	09	96,92	103,8		\$1.301.639,30
2018	08	2020	09	96,92	103,8		\$1.301.639,30

2018	09	2020	09	96,92	103,8		\$1.301.639,30
2018	10	2020	09	96,92	103,8		\$1.301.639,30
2018	11	2020	09	96,92	103,8		\$1.301.639,30
2018	12	2020	09	96,92	103,8	3,18%	\$1.301.639,30
2018	M14	2020	09	96,92	103,8		\$1.301.639,30
2019	01	2020	09	100,00	103,8		\$1.343.031,43
2019	02	2020	09	100,00	103,8		\$1.343.031,43
2019	03	2020	09	100,00	103,8		\$1.343.031,43
2019	04	2020	09	100,00	103,8		\$1.343.031,43
2019	05	2020	09	100,00	103,8		\$1.343.031,43
2019	06	2020	09	100,00	103,8		\$1.343.031,43
2019	M13	2020	09	100,00	103,8		\$1.343.031,43
2019	07	2020	09	100,00	103,8		\$1.343.031,43
2019	08	2020	09	100,00	103,8		\$1.343.031,43
2019	09	2020	09	100,00	103,8		\$1.343.031,43
2019	10	2020	09	100,00	103,8		\$1.343.031,43
2019	11	2020	09	100,00	103,8		\$1.343.031,43
2019	12	2020	09	100,00	103,8	3,80%	\$1.343.031,43
2019	M14	2020	09	100,00	103,8		\$1.343.031,43
2020	01	2020	09	103,80	103,8		\$1.394.066,62
2020	02	2020	09	103,80	103,8		\$1.394.066,62
2020	03	2020	09	103,80	103,8		\$1.394.066,62
2020	04	2020	09	103,80	103,8		\$1.394.066,62
2020	05	2020	09	103,80	103,8		\$1.394.066,62
2020	06	2020	09	103,80	103,8		\$1.394.066,62
2020	M13	2020	09	103,80	103,8		\$1.394.066,62
2020	07	2020	09	103,80	103,8		\$1.394.066,62
2020	08	2020	09	103,80	103,8		\$1.394.066,62
2020	09	2020	09	103,80	103,8		\$1.394.066,62

Total Mesadas

\$146.329.123,23

SUMA QUE LE FUE EFECTIVAMENTE CANCELADA A LA DEMANDANTE TENIENDO COMO MESADA UN SALARIO MÍNIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE (Desde diciembre de 2011 según prescripción)

DESDE		HASTA		MESADAS
Año	Mes	Año	Me s	
2011	12	2020	09	\$464.186,67
2011	M14	2020	09	\$535.600,00
2012	01	2020	09	566700
2012	02	2020	09	\$566.700,00
2012	03	2020	09	\$566.700,00

2012	04	2020	09	\$566.700,00
2012	05	2020	09	\$566.700,00
2012	06	2020	09	\$566.700,00
2012	M13	2020	09	\$566.700,00
2012	07	2020	09	\$566.700,00
2012	08	2020	09	\$566.700,00
2012	09	2020	09	\$566.700,00
2012	10	2020	09	\$566.700,00
2012	11	2020	09	\$566.700,00
2012	12	2020	09	\$566.700,00
2012	M14	2020	09	\$566.700,00
2013	01	2020	09	589500
2013	02	2020	09	\$589.500,00
2013	03	2020	09	\$589.500,00
2013	04	2020	09	\$589.500,00
2013	05	2020	09	\$589.500,00
2013	06	2020	09	\$589.500,00
2013	M13	2020	09	\$589.500,00
2013	07	2020	09	\$589.500,00
2013	08	2020	09	\$589.500,00
2013	09	2020	09	\$589.500,00
2013	10	2020	09	\$589.500,00
2013	11	2020	09	\$589.500,00
2013	12	2020	09	\$589.500,00
2013	M14	2020	09	\$589.500,00
2014	01	2020	09	\$616.000,00
2014	02	2020	09	\$616.000,00
2014	03	2020	09	\$616.000,00
2014	04	2020	09	\$616.000,00
2014	05	2020	09	\$616.000,00
2014	06	2020	09	\$616.000,00
2014	M13	2020	09	\$616.000,00
2014	07	2020	09	\$616.000,00
2014	08	2020	09	\$616.000,00
2014	09	2020	09	\$616.000,00
2014	10	2020	09	\$616.000,00
2014	11	2020	09	\$616.000,00
2014	12	2020	09	\$616.000,00
2014	M14	2020	09	\$616.000,00
2015	01	2020	09	\$644.350,00
2015	02	2020	09	\$644.350,00
2015	03	2020	09	\$644.350,00
2015	04	2020	09	\$644.350,00
2015	05	2020	09	\$644.350,00
2015	06	2020	09	\$644.350,00
2015	M13	2020	09	\$644.350,00
2015	07	2020	09	\$644.350,00
2015	08	2020	09	\$644.350,00
2015	09	2020	09	\$644.350,00

2015	10	2020	09	\$644.350,00
2015	11	2020	09	\$644.350,00
2015	12	2020	09	\$644.350,00
2015	M14	2020	09	\$644.350,00
2016	01	2020	09	\$689.455,00
2016	02	2020	09	\$689.455,00
2016	03	2020	09	\$689.455,00
2016	04	2020	09	\$689.455,00
2016	05	2020	09	\$689.455,00
2016	06	2020	09	\$689.455,00
2016	M13	2020	09	\$689.455,00
2016	07	2020	09	\$689.455,00
2016	08	2020	09	\$689.455,00
2016	09	2020	09	\$689.455,00
2016	10	2020	09	\$689.455,00
2016	11	2020	09	\$689.455,00
2016	12	2020	09	\$689.455,00
2016	M14	2020	09	\$689.455,00
2017	01	2020	09	\$737.717,00
2017	02	2020	09	\$737.717,00
2017	03	2020	09	\$737.717,00
2017	04	2020	09	\$737.717,00
2017	05	2020	09	\$737.717,00
2017	06	2020	09	\$737.717,00
2017	M13	2020	09	\$737.717,00
2017	07	2020	09	\$737.717,00
2017	08	2020	09	\$737.717,00
2017	09	2020	09	\$737.717,00
2017	10	2020	09	\$737.717,00
2017	11	2020	09	\$737.717,00
2017	12	2020	09	\$737.717,00
2017	M14	2020	09	\$737.717,00
2018	01	2020	09	\$781.242,00
2018	02	2020	09	\$781.242,00
2018	03	2020	09	\$781.242,00
2018	04	2020	09	\$781.242,00
2018	05	2020	09	\$781.242,00
2018	06	2020	09	\$781.242,00
2018	M13	2020	09	\$781.242,00
2018	07	2020	09	\$781.242,00
2018	08	2020	09	\$781.242,00
2018	09	2020	09	\$781.242,00
2018	10	2020	09	\$781.242,00
2018	11	2020	09	\$781.242,00
2018	12	2020	09	\$781.242,00
2018	M14	2020	09	\$781.242,00
2019	01	2020	09	\$828.116,00
2019	02	2020	09	\$828.116,00
2019	03	2020	09	\$828.116,00

2019	04	2020	09	\$828.116,00
2019	05	2020	09	\$828.116,00
2019	06	2020	09	\$828.116,00
2019	M13	2020	09	\$828.116,00
2019	07	2020	09	\$828.116,00
2019	08	2020	09	\$828.116,00
2019	09	2020	09	\$828.116,00
2019	10	2020	09	\$828.116,00
2019	11	2020	09	\$828.116,00
2019	12	2020	09	\$828.116,00
2019	M14	2020	09	\$828.116,00
2020	01	2020	09	\$877.803,00
2020	02	2020	09	\$877.803,00
2020	03	2020	09	\$877.803,00
2020	04	2020	09	\$877.803,00
2020	05	2020	09	\$877.803,00
2020	06	2020	09	\$877.803,00
2020	M13	2020	09	\$877.803,00
2020	07	2020	09	\$877.803,00
2020	08	2020	09	\$877.803,00
2020	09	2020	09	\$877.803,00
				Total Mesadas
				\$86.120.936,67

TOTAL RETROACTIVO

$$\text{\$146.329.123} - \text{\$86.120.936} = \text{\$60.208.187}$$

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, tres (3) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 19 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54 001 31 05 002 2016 00017 00, promovido por **José Euclides Herrera Escobar** contra **Comcel S.A., Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, Precooperativa Medios y Resultados –Medyre, y Sercontratos S.A.S.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (fls 142 al 156) Depreca el actor, se declare que entre el y Comcel S.A., la Cooperativa Los Cerros, la Precooperativa Medios y Resultados - Medyre y Sercontratos S.A.S., existió un contrato de trabajo desde el 13 de enero de 2010 hasta el 14 de agosto de 2015. En consecuencia solicita se condene al pago de las diferencias de salarios, horas extras, nocturnas, dominicales y festivos, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, auxilio familiar y de transporte, indemnización por despido injusto del artículo 64 del CST, sanciones

contempladas en los artículos 65 ibídem y 99 de la Ley 50 de 1990. También, perjuicios morales y materiales.

Adujo para ello: **1) Que** prestó sus servicios a Comcel S.A. del 13 de enero de 2010 hasta el 31 de marzo de 2014, a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros y la Precooperativa Medios y Resultados - Medyre, con una asignación mensual de \$515.000. Y entre 1° de abril de 2014 y 14 de agosto de 2015 por intermedio de Sercontratos S.A.S., pasando a recibir como remuneración la suma de \$1.102.218. **2) Que** durante todas las vinculaciones cumplió las mismas funciones como auxiliar de mantenimiento para Comcel S.A. **3) Que** Comcel S.A. lo indujo a firmar contratos como trabajador asociado con la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros y la Precooperativa de Trabajo Asociado Medios y Resultados – MEDYRE **4) Que** los locales, las instalaciones, los instrumentos y herramientas de trabajo eran de propiedad de Comcel S.A. **5) Que** las actividades que realizaba para Comcel S.A. eran propias del giro normal de las actividades de la empresa **6) Que** las labores que desempeñaba eran permanentes.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: (fls. 293 a 309) **Comcel S.A.** se opuso a las pretensiones. Sostiene que el demandante no le prestó sus servicios personales, puesto que la relación contractual de carácter comercial existió fue con la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, luego con la Precooperativa de Trabajo Asociado Medios y Resultados Medyre, y por último con Sercontratos S.A.S. Dice que en el evento en que haya existido alguna participación del demandante en la ejecución de estos contratos, lo fue como trabajador de las mencionadas empresas. Afirma que las labores ejecutadas por el demandante en virtud de los contratos que suscribió con las renombradas cooperativa y precooperativa de trabajo asociado y Sercontratos S.A.S., fueron ajenas al giro ordinario de sus negocios, pues estuvieron orientadas netamente al aseo y mantenimiento físico de la estación base. Alude que no ejerció actos de subordinación respecto de José Euclides Herrera Escobar, en la medida en que, no fue su trabajador. Propuso las excepciones de: prescripción, inexistencia de las

obligaciones reclamadas, inexistencia de responsabilidad solidaria, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, pago, compensación y buena fe.

Sercontratos S.A.S. (fls. 356 a 371) también se opuso a las peticiones. Adujo que celebró contrato de prestación de servicios con Comcel S.A. cuyo objeto era la supervisión y conservación de las estaciones base, para lo cual el demandante tenía la función de realizar el mantenimiento de las estaciones bases de Comcel, sin que recibiera órdenes o instrucciones por parte de esta empresa. Dice que al actor se le adelantó proceso disciplinario y se decidió dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa a partir del 14 de agosto de 2015. Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de fundamento jurídico de las pretensiones, buena fe y prescripción.

La Precooperativa de Trabajo Asociado Medios y Resultados Medyre y la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, fueron representadas a través de curadores ad litem, quienes manifiestan carecer de conocimiento acerca de las circunstancias fácticas descritas. No se oponen a lo pedido ni proponen excepciones (fls. 386-389 y 1259 a 1262).

A través de auto del 24 de abril de 2017 (fl. 1155) se aceptó el llamamiento en garantía de Seguros del Estado S.A., hecho por Comcel S.A., quien al dar contestación al libelo genitor se opone a las súplicas. Adujo que no le constan los hechos de la demanda. Manifestó que no es procedente extenderle la condena por concepto de sanciones moratorias e indemnizaciones, en la medida en que, ello depende del elemento subjetivo de la mala fe, siendo ajena a las obligaciones deprecadas. Esgrimió como medios de defensa: imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las indemnizaciones laborales en los responsables solidarios, inexistencia de perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguros contenido en la póliza, inexistencia del término legal y judicial para la vinculación del llamado en garantía, ausencia de cobertura de la póliza por

ocurrencia del presunto siniestro por fuera de la vigencia de la misma, inexistencia de la obligación a cargo de seguros del estado S.A. si se declara relación laboral directa entre el señor José Euclides Herrera y Comcel S.A., ausencia de responsabilidad de Comcel por cuanto no se encuentra probada la solidaridad, límite de responsabilidad, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular N° 21-45-101129623, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular, compensación, límite de responsabilidad, y prescripción (fls. 1214 – 1241).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el 19 de febrero de 2020, declaró la existencia de un contrato realidad entre el actor y Comcel S.A., entre el 13 de enero de 2010 y el 31 de marzo de 2014. En virtud de ello, luego de establecer parcialmente probada la excepción de prescripción, condenó a dicha sociedad en solidaridad con la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, Precooperativa Medios y Resultados –Medyre-, al pago de cesantías, intereses a éstas, prima de servicios y vacaciones compensadas en dinero, debidamente indexadas desde el 1° de abril de 2014; sanción moratoria del artículo 65 del CST por no pago de prestaciones sociales; indemnización por no consignación de cesantías, a la luz del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, e indemnización por despido sin justa causa. También, ordenó el pago de aportes a la seguridad social en pensiones por el extremo temporal en que reconoció el contrato, teniendo en cuenta como IBC el equivalente a 1 SMLMV. Absolvió a las demás convocadas a juicio, Sercontratos S.A.S. y Seguros del Estado S.A.

Consideró que las actividades realizadas por el demandante al servicio de Comcel S.A., además de hallarse afines con el giro ordinario de los negocios de la entidad, se hicieron bajo estricta subordinación de ésta, es decir, sin autonomía, por lo que en últimas, se transgredió lo estipulado en la Ley 1429 de 2010, que prohíbe a las precooperativas y cooperativas, desarrollar labores de naturaleza misional. Encontró acorde a la legalidad, el contrato de trabajo desarrollado entre el actor y Sercontratos S.A.S., que indicó, fue terminado con justa causa.

RECURSO DE APELACIÓN: Comcel S.A. aspira a que se revoque la decisión. Insiste en que jamás ha existido relación laboral con el actor, de ninguna naturaleza, pues las funciones descritas por él resultan completamente ajenas al giro ordinario de sus negocios que son prestar servicios de comercialización de servicios de telecomunicaciones. Afirmó que la relación que sostuvo con la precooperativa y cooperativa demandadas, lo fue con ocasión a la celebración de contratos comerciales para la ejecución de servicios de apoyo de mantenimiento no técnico y conservación de estaciones base de su propiedad. Argumentó que de la prueba testimonial no es posible deducir la existencia de la subordinación del artículo 23 del CST, menos los presupuestos para la existencia de intermediación laboral y solidaridad en la medida que el demandante no se encontraba vinculado con contrato de trabajo con las precitadas. Discute que el juez de conocimiento, echó de menos que la complejidad de los servicios prestados por Comcel S.A. de cara a su objeto misional, no se cumplen por una persona con escasos estudios como el demandante, por lo que resulta evidente que las actividades de mantenimiento y limpieza desempeñadas por aquel, eran quehaceres no técnicos, no propios de la sociedad y no necesarios para el giro normal de ésta. Discrepa de la imposición de las sanciones, advirtiendo que su actuar estuvo revestido de buena fe; de la indexación de las condenas en forma generalizada, en tanto resulta incompatible con las indemnizaciones moratorias de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50/1990; y de la obligación de pago de aportes, resaltando que fueron cubiertos a cabalidad. Pidió, en caso de confirmarse la decisión de primer grado, compensar los pagos semestrales que el actor aceptó percibir durante la vigencia de los acuerdos cooperativos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: José Euclides Herrera Escobar, se ratificó en lo propuesto en el líbelo introductor, solicitando mantener incólume el fallo apelado, con excepción de lo atinente a la condena por omisión de pagos pensionales, argumentando que dicha obligación sí se cumplió.

Por su parte, Comcel S.A. insiste en que ninguna de las pruebas decretadas y practicadas acreditan la existencia del contrato de trabajo pretendido, ni desvirtúan la legalidad de los contratos comerciales celebrados con las codemandadas para la explotación de su actividad económica. En consecuencia, resulta imperioso revocar íntegramente el fallo emitido en la primera instancia.

Y Sercontratos S.A.S., pese a que fue enterada en debida forma sobre el traslado para alegar, no emitió pronunciamiento.

3° CONSIDERACIONES

A partir de la apelación, los problemas jurídicos consisten en determinar, si está probado o no que se desnaturalizó el trabajo asociado que tuvo el actor. En caso afirmativo, si las codemandadas son responsables solidariamente de las obligaciones laborales deprecadas por aquél.

Previo a resolver y comoquiera que el actor arrió junto con las alegaciones de conclusión, solicitud de desistimiento de las pretensiones de condena plasmadas en los numerales 3° y 8° del respectivo acápite, amparado en escrito contentivo del estado de su cuenta pensional que afirma, demuestra el cabal pago de dicha obligación a cargo de las codemandadas; menester es recordar que, de conformidad con el artículo 314 del CGP, aplicable en material laboral por analogía del 145 del CPTSS, *«El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso»*. Precepto que además dispone que *«Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso»*. Así, en la medida en que la decisión de primer grado no dispuso pago de diferencia monetaria en las cotizaciones pensionales –que fue lo solicitado–, ni acogió la pretensión de cancelación de aportes al sistema general de seguridad social integral, incluyendo salud y riesgos profesionales; palmario deviene la improcedencia de lo peticionado por la activa, en tanto es claro que tal circunstancia fáctica no hace

parte del litigio a resolver en esta segunda instancia. Máxime, cuando el actor tampoco impugnó ningún aspecto de la decisión adoptada por el Juez *A Quo*.

Valga acotar que por tratarse la condena al pago de aportes pensionales, de un tema incluido en el recurso de alzada, de hallarse acreditado el mismo, se adoptará la decisión pertinente.

Aclarado lo anterior, se descende sobre el problema jurídico planteado, debiendo partir del artículo 53 de la Constitución Política, el cual consagra el principio de *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*. Formulación protectora del trabajador que, en esencia, hace prevalecer siempre los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos formales. Dicho de otra manera: interesa es lo que sucede en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido.

Este principio encuentra complemento en el artículo 24 del CST que reza: *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”* Significa esto, que probada la prestación personal del servicio se tiene por cierto la existencia del contrato de trabajo. Por ser esta una presunción legal admite prueba en contrario, esto es, que se desvirtúe la continuada subordinación o dependencia del trabajador y/o el carácter remunerado del servicio. En este sentido ha sido reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, verbigracia en sentencia de julio 10 de 2012 radicación 39.249.

Ahora, como la decisión judicial debe fundamentarse en las pruebas regular y oportunamente arrimadas al proceso, ha de incursionarse en el haz probatorio adosado al expediente. El mismo está constituido por contratos civiles de prestación de servicios de supervisión y conservación de las estaciones base entre Comcel S.A. y Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros (fls. 199 a 206), Precooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros (fls. 209 a 222), Precooperativa de Trabajo Asociado Medios y Resultados - Medyre (fls. 223 a 233), y con Sercontratos S.A.S (fls. 1078 a 1089); contrato de trabajo suscrito entre el

demandante y Sercontratos S.A.S. (fls. 93 y 94); copia de los aportes a seguridad social a favor del actor efectuados por la Precooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros de enero de 2010 a diciembre de 2012, por la Precooperativa de Trabajo Asociado Medios y Resultados de enero de 2013 a marzo de 2014, y finalmente por Sercontratos S.A.S. de abril de 2014 a junio del 2015 (fls. 5 a 7).

Aparecen también las declaraciones de **Leonardo Andrés Sánchez**, quien afirmó ser ingeniero electricista y laborar como gerente de operación y mantenimiento de Claro (antes Comcel S.A.) desde el 2 de mayo de 2016. Dijo desconocer al actor, también, cualquier circunstancia de tiempo, modo y lugar en que se haya desarrollado la supuesta relación laboral que asevera y los beneficiarios de la misma, pues, precisó solo le consta lo ocurrido del año 2016 en adelante. Sobre el funcionamiento técnico de las estaciones base explicó que en ellas se albergan equipos de comunicaciones de la compañía, que permiten conexión móvil, transmisión de señales e información a la red, y respaldo de energía. También, que las antenas son espacios físicos y su funcionamiento es 100% de manera autónoma, y que los equipos no necesitan supervisión para su marcha. Afirma que cuando el área de monitoreo detectaba que una antena estaba decayendo, los ingenieros o personal técnico especializado de Comcel S.A. eran los únicos que podían atender estas emergencias. Expuso que aun cuando no hay vigilancia permanente en el lugar, sí existe una persona encargada de tenencia de llaves de acceso a la misma, supervisada por el departamento de seguridad. Por tanto, concluye que un bachiller carece de conocimiento técnico para atender una estación de ese tipo, por la especialidad y riesgo que ellas denotan. Por último, indicó ignorar si Orlando Bermúdez y Marcos Peña trabajaron al servicio de Comcel S.A.

Obra igualmente el testimonio de **Libardo Tamayo Sánchez**, quien sostiene haber trabajado en la Cooperativa Los Cerros desde 2002 hasta el 2012 ejerciendo las mismas funciones que el demandante en el cargo de auxiliar de mantenimiento, las cuales consistían en mantener las estaciones de Comcel S.A. limpias, y estar

atento a la planta cuando se fuera la energía para prenderla, revisar el nivel de acpm de dicho lugar y controlar el ingreso de los ingenieros que realizaban las adecuaciones y manteamientos. Dice que recibían órdenes de Comcel S.A. por medio de los ingenieros Orlando Bermúdez y Marcos Peña, a quienes identifica como trabajadores directos de la empresa. Afirmo que cuando el demandante ejercía las funciones en la estación La Merced, interactuó con él, porque viajó en varias oportunidades con el profesional Orlando Bermúdez a dicho lugar, para dotarlo de ACPM y combustible, siendo el actor, el encargado de recibir dicho material. Específicamente respecto al demandante afirma que este era el encargado de la custodia de la torre, desarrollo de labores técnicas a la antena mientras los aludidos ingenieros o personal directo de Bogotá llegaba a hacer la reparación cuando existían daños. Sostiene que Comcel S.A. era la beneficiaria del servicio prestado por el demandante y quien suministraba los elementos de trabajo, que identificó puntualmente como las llaves para el ingreso a la estación e ingreso del personal autorizado. Finalmente afirma que nunca recibió órdenes de la Cooperativa Los Cerros ni la Precooperativa Medios y Resultados – Medyre; tampoco curso de cooperativismo alguno.

De la misma manera se tiene la versión de **José Yesid Corredor**, quien manifiesta trabajar en Comcel S.A. desde el 8 de mayo de 2013 en el área de gerencia de seguridad de la empresa, que se encarga de hacer auditoría a los contratos suscritos entre la sociedad y las cooperativas convocadas a juicio. Preciso que el objeto de dichos acuerdos de naturaleza comercial se centró en la prestación del servicio técnico de mantenimiento y limpieza de las estaciones base y tenencia de llaves para su apertura en los casos requeridos, que se avalaba luego de agotarse solicitud de ingreso ante la central de monitoreo de Claro. Aseguró no estar al tanto de la existencia del demandante ni de los ingenieros Orlando Bermúdez y Marcos Peña. Manifiesta que Comcel S.A. entregó a las empresas contratistas, teléfonos celulares con línea sim card, a efectos de mantener comunicación directa con dicho personal. Relata que los terrenos en los que se hallan asentadas las estaciones base,

en su mayoría pertenecen a Comcel S.A. y la tecnología que allí reposa requiere de una temperatura específica para su correcto funcionamiento.

Se cuenta también igual con el interrogatorio de parte de **Javier Mauricio Manrique Casas**, representante legal de Comcel S.A. Éste contó que la sociedad tenía contrato de prestación de servicios con la Cooperativa Los Cerros quien refiere que con la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros específicamente para realizar aseo a las estaciones bases y manejar las llaves de acceso al lugar. Indica desconocer las razones o circunstancias en las que se llevó a cabo la vinculación de Herrera Escobar con las Cooperativas de Trabajo asociado, precisando que la sociedad comercial se limitó a cancelar el valor del contrato suscrito. Aseguró que el actor no estaba capacitado ni autorizado para manipular los instrumentos de las estaciones, porque ello era función del centro de operaciones de red ubicado en Bogotá, que se encarga de monitorear constantemente dicha área y detectar cualquier falla en el sistema, que en últimas, es resuelto por personal técnico especializado.

También, con el rendido por el actor, quien manifiesta no haber realizado algún estudio respecto al manejo de antenas de señal de celulares. Afirma que pese a no haber celebrado contrato de trabajo con Comcel S.A., le prestó sus servicios mediante los convenios de asociación con las cooperativas y precooperativas, de las cuales recibía el pago por la contraprestación de sus servicios. Relata no haber recibido de la demandada Comcel S.A. algún tipo de computador o elemento de comunicaciones correspondiente al mantenimiento de las antenas, pero sí un celular, a través del cual recibía órdenes de los ingenieros y directivos de Comcel S.A. que manejaban las torres. Refiere que aun cuando en los papeles se evidencia que fue contratado como supervisor de seguridad, en realidad sus actividades eran las del mantenimiento de las antenas, limpiar los radios, como también las de realizar enlaces, cruzadas, y demás necesarias mientras el ingeniero se acercaba a la estación, ejemplificando como tales las acciones de *“destapar con destornillador, conectar tal cosa”*. Afirma haber suscrito convenio con la Cooperativa Los Cerros y

posteriormente un contrato con la empresa Sercontratos S.A.S., de quienes recibió pagos salariales.

Tales vestigios probatorios, dan cuenta de que el demandante prestó sus servicios en la estación base de COMCEL S.A. *La Merced* durante periodo del 13 de enero de 2010 al 14 de agosto de 2015, en cumplimiento de la contratación efectuada por intermedio de las citadas Precooperativa de Trabajo Asociado Medios y Resultados, la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros y Sercontratos S.A.S. En efecto, nótese como la última sociedad, al momento de dar contestación al libelo genitor, puntualmente al hecho No. 6, aceptó que contrató al demandante para dar cumplimiento al contrato comercial que tenía suscrito con Comcel S.A., cuyo objeto era la supervisión y conservación de las estaciones base de propiedad de la mencionada empresa de telecomunicaciones. En igual sentido, la declaración de Libardo Tamayo Sánchez y el interrogatorio de parte de José Euclides Herrera Escobar, dan cuenta de que éste se encargó del manteniendo de la citada estación base de propiedad de Comcel S.A., durante el período indicado, que se respalda con la prueba de pago de aportes al subsistema de pensiones entre enero de 2010 y agosto de 2015 (fls. 3 a 7).

Probada así, la prestación personal del servicio, y los extremos temporales de tal, se da la consecuencia prevista en el artículo 24 del CST, valga decir, que se presume que la relación laboral que se dio entre José Euclides Herrera Escobar y Comcel S.A., estuvo regida por un contrato de trabajo.

Ahora, como en su defensa, Comcel S.A., además de negar la prestación personal del servicio del actor en su favor, sostiene que lo que en realidad sucedió fue la participación de éste en la ejecución de sendos contratos comerciales que celebró con las codemandadas Precooperativa de Trabajo Asociado Medios y Resultados, Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros y Sercontratos S.A.S., para la ejecución autónoma e independiente de los servicios de apoyo, mantenimiento no técnico y conservación de estaciones base de su propiedad, imperioso surge

verificar si los susodichos convenios se ejecutaron a la luz de los parámetros legales que los informan.

Por establecido se tiene de conformidad con el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, que las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado no pueden actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que éstos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes. Esto es, no le es permitido a este tipo de asociaciones mutuales configurar prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales. De darse alguna, el tercero contratante será considerado como el verdadero empleador y las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y sus directivos, responderán solidariamente por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.

Por manera que, cuando bajo estos parámetros, se analiza una vez más de manera individual y en conjunto el acervo probatorio, la conclusión a la que se llega es que la Precooperativa de Trabajo Asociado Medios y Resultados y la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, permitieron que Comcel S.A. respecto de su asociado José Euclides Herrera Escobar, generara relaciones de subordinación o dependencia. En efecto, véase como el testigo Libardo Tamayo Sánchez quien se mostró claro, contundente y preciso, y además conoció de manera directa los hechos debatidos, en la medida en que fue compañero de trabajo del demandante, afirmó que tanto éste como las demás personas encargadas del mantenimiento de las estaciones base, recibían órdenes de los ingenieros de Comcel S.A., Orlando Bermúdez y Marcos Peña. Puntualmente, cuando se le preguntó a Tamayo Sánchez quién le daba las indicaciones de qué funciones debían cumplir en las estaciones, respondió: *“Comcel daba órdenes a través de los ingenieros Orlando Bermúdez y Marcos Peña. Las órdenes consistían en que cuando llegaba personal nos decían que teníamos*

que estar pendiente cuando nos llamaran, revisar combustible, hacer limpieza fuera y dentro de la estación. Muchas veces nos ponían hacer enlaces, cosa que nosotros no sabíamos". En este mismo sentido, los deponentes Leonardo Andrés Sánchez y José Yesid Corredor, aun cuando aseveraron ignorar si el actor laboró o no al servicio de Comcel S.A., sí manifestaron al unísono que existía una persona encargada de la vigilancia y mantenimiento no técnico, representado en la realización de oficios varios en las estaciones base de propiedad de la empresa. Mírese como incluso, el segundo testigo contó que *"Comcel les daba teléfono celular con línea simcard para mantener comunicación directa, se le daba a la empresa de mantenimiento; elemento que según lo narrado por el actor, era utilizado para impartirle órdenes en cualquier hora durante los siete días de la semana.*

La conclusión a que se llega es que el demandante fue enviado en misión a la estación base de Comcel S.A. *"La Merced"* a ejercer labores propias y permanentes del objeto social a que se dedica ésta. Efectivamente, nótese como las actividades ejercidas por el actor eran necesarias para que la estación base propiedad del tercero, funcionara normal y correctamente y, por ende, esta empresa pudiera prestar y comercializar servicios de telecomunicaciones. Servicios estos que constituyen su objeto social y que efectivamente presta, sin que sea posible aislar el correcto funcionamiento de la estación base con el mantenimiento y conservación que se le debía dar a la misma por parte del trabajador deprecante, pues, aunque no fuera una labor técnica, se demostró que se trataba de una actividad vital, conexas y propia para la ejecución del objeto social y para la servicios que efectivamente presta dicha empresa, y que no podía ser tercerizada como si se tratara de una actividad de apoyo o ajena a su giro ordinario.

Frente a lo sostenido por Comcel S.A. de que el demandante no ejecutó labores técnicas propias de su objeto social y del giro de sus negocios, más allá de qué tal circunstancia tenga aceptación o no, lo cierto es que se verificó como se dijo que la cooperativa de trabajo asociado y precooperativa mencionadas, permitieron que

Comcel S.A. ejerciera actos subordinantes, circunstancia que genera la desnaturalización del trabajo asociativo y conlleva a que el tercero (Comcel S.A.) se constituya en el verdadero empleador (artículo 17 del Decreto 4588 de 2006). Planteamiento que resulta acorde con el criterio jurisprudencial sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Ver sentencia SL4377 de 2018).

Así las cosas, queda acreditado que lo que en la realidad medió entre el actor y la sociedad de telecomunicaciones, fue un contrato de trabajo a término indefinido entre el 13 de enero de 2010 y el 31 de marzo de 2014 –data en que acaeció la finalización del acuerdo, conforme se extrae del documento que reposa a folio 92, pues durante dicho interregno, el trabajo asociativo que aquel desarrolló para la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros y la Precooperativa de Trabajo Asociado Medios y Resultados - Medyre, fue deslegitimado a partir de los actos subordinantes ejercidos por Comcel S.A. Por tanto, imperioso resulta confirmar la decisión de primer grado, en tanto declaró la ineficacia de dichos convenios, en cuanto se itera, permitieron que Comcel S.A. ejerciera actos subordinantes frente al accionante.

Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contiene el artículo 43 del CST, común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, facultándose en dicha medida al trabajador, para reclamar el pago de salarios y prestaciones legales adeudados.

Se advierte que aun cuando no se comparte la intelección efectuada por el juez *A Quo* sobre el contrato laboral celebrado entre el actor y Sercontratos S.A.S. entre el 1° de abril de 2014 y el 14 de agosto de 2015, en la medida en que, tal postura no fue cuestionada tampoco será objeto de pronunciamiento en esta providencia.

Ahora bien, como además de la declaratoria del contrato de trabajo a partir de la realidad que tuvo acogida, Comcel S.A. discrepa frente a las indemnizaciones liquidadas por el juez de primer grado, su coexistencia con la indexación reconocida, la omisión de compensación de las sumas de dinero semestralmente pagadas al actor y los aportes en pensión reconocidos en favor de éste; es menester revisar los fundamentos fácticos y jurídicos que al respecto se plantearon, para establecer si la razón acompaña o no al censor en su descontento.

En lo atinente a las **compensaciones semestrales**, se tiene que contrario a lo sostenido por el recurrente, del interrogatorio de parte rendido por el actor no se extrae confesión alguna que dé cuenta del pago de dicha acreencia. Obsérvese como al interrogante formulado por la pasiva *“¿diga si es cierto sí o no que usted recibió de las cooperativas mencionadas, de las dos cooperativas que usted ha mencionado, pago de compensaciones semestrales?”*, éste en forma diáfana contestó *“o sea el pago mensual. Además del pago mensual, pago, compensaciones de pago semestrales de los Cerros y Medyre no, lo que hizo Medyre fue un aborro, nos descontaban del sueldo \$50.000 pero descontados del sueldo. Yo tuve que firmar y aceptar que me lo iban a descontar para dármele, si yo aceptaba en seis meses o al año, o cuando me retirara de la empresa; pero pago o compensación no”*. Tampoco se colige la cancelación de dicho rubro a partir de la prueba documental, ya que, las certificaciones que reposan a folios 8 y 91 del plenario, demuestran que las compensaciones mensuales equivalentes al SMLMV de cada año, en realidad correspondían a la contraprestación económica derivada del cumplimiento de las labores como *“trabajador cooperado”*. En tal sentido, comoquiera que no se emitió condena relacionada con reajustes salariales, no se acogerá la petición de compensación elevada por la pasiva.

Frente a la **indemnización moratoria del artículo 65 del CST**, resulta clara su procedencia, en la medida que Comcel S.A., no aportó razones satisfactorias y justificativas de su conducta, que permitan tener tal como imbuida de buena fe. Al contrario, está demostrado que pretendió ocultar la relación directa de trabajo que

mantuvo con el actor mediante el disfraz de precooperativa cooperativa de trabajo asociado, con la sola finalidad de sustraerse del pago de prestaciones que le corresponden como empleador. Bajo el anterior parámetro es procedente modificar la condena por indemnización moratoria, precisando que equivale a la suma diaria de \$20.533 a partir del 1° de abril de 2014 y hasta tanto se cancelen todas las prestaciones adeudadas, en la medida que el actor devengaba un salario mínimo para la fecha de terminación del contrato de trabajo.

En lo atinente a la **indemnización por no consignación de cesantías**, tiene la misma suerte que la indemnización moratoria, en la medida que se encontró probado que Comcel S.A. disfrazó una relación laboral bajo la figura de las cooperativas de trabajo asociado, defraudándose de esta manera los derechos laborales del actor. En tal sentido, procede la condena al pago de esta indemnización, la cual corresponde según el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a un día de salario por cada día de mora en la consignación anual. En el sub lite se advierte que ninguno de los auxilios causados entre 2011 y 2014 estuvo afectado por el fenómeno extintivo de la prescripción, por lo que la sanción liquidada por arroja un total de \$21.205.380¹. Sin embargo, como la liquidación del juez ascendió al valor de \$7.094.900, sin ser objeto de controversia por el polo activo de la relación procesal, se confirmará la decisión en este aspecto, porque su revocatoria implica la desmejora de las condiciones procesal del apelante único, situación proscrita por la normatividad vigente.

Frente a la **indemnización por despido injusto** prevista en el artículo 64 del CST, es preciso mencionar que al no estar probado el hecho simple del despido y, por el contrario, al limitarse la activa a asegurar en el hecho quince del escrito

¹ Partiendo de la base de salarios diarios de \$17.853 para 2011; \$18.890 para 2012 y \$19.650 en 2013.

introducción, que *el contrato fraudulento se terminó*; palmario deviene la imposibilidad de reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa deprecada. No porque se revista de veracidad la afirmación de la sociedad convocada a juicio, sino porque sencillamente, el actor como era su deber, incumplió con la carga procesal que le asistía, de demostrar la realidad del despido (Véase la sentencia SL5518/2019). Máxime, cuando el acervo probatorio da cuenta de que, la pasiva alega desconocer las particularidades del acuerdo cooperativo que medió entre el actor, la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros y la Precooperativa Medios y Resultados –Medyre. Por tal razón, se revocará la condena impuesta al respecto.

Menos puede reafirmarse la condena de pago de **aportes a seguridad social en pensiones**, porque como se desprende de la prueba vista de folios 3 a 7, estos fueron cancelados ante la AFP Colfondos S.A., por todo el espacio laboral que desempeñó el actor al servicio de las coenjuiciadas, esto es, 13 de enero de 2010 a 14 de agosto de 2015.

Por último, también encuentra acogida el dilate endilgado a la providencia apelada, en lo que al **reconocimiento de la indexación** concierne. Esto en tanto que, desde vieja data, la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, ha sido enfática y reiterativa en precisar que la indexación no procede cuando al labriego se le reconoce indemnización moratoria. A título de ejemplo, se tienen las sentencias SL928/2019 y SL713/2019).

Entonces, habiéndose impuesto sanción equivalente a un día de salario por cada de retraso en el pago de prestaciones sociales, inconveniente resulta disponer la indexación de dichos rubros, entendida como un mecanismo de corrección monetaria que garantiza al acreedor recibir lo que se le adeuda en su justo valor, atendiendo a que en economías como la colombiana, el dinero sufre el fenómeno de la depreciación. Es evidente que ambos conceptos pugnan, pues se reputan incompatibles.

En síntesis, como quedó demostrado que José Euclides Herrera Escobar prestó su fuerza de trabajo a Comcel S.A., se confirmará la decisión de primer grado, en lo que respecta a la declaratoria de existencia del contrato trabajo entre los precitados, gestado entre el 13 de enero de 2010 y el 14 de agosto de 2015; la sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la negativa de compensación de pagos semestrales. Se modificará en lo atinente al pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, precisando que verdaderamente equivale a la suma diaria de \$20.533 a partir del 1º de abril de 2014 y hasta tanto se cancelen todas las prestaciones adeudadas. Y, será objeto de revocatoria en lo que respecta al reconocimiento de indemnización por despido sin justa causa, aportes al sistema de seguridad social en pensiones por el espacio de tiempo laborado e indexación de los conceptos reconocidos.

En virtud de lo anterior, se declararán parcialmente probados los medios exceptivos de *cobro de lo no debido y pago*, esgrimidos por Comcel S.A.

No se impondrán costas en esta instancia, atendiendo a la procedencia en parte, del recurso de alzada.

4o. DECISIÓN

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 19 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en tanto declaró la existencia de contrato de trabajo entre José Euclides Herrera Escobar y Comcel S.A., entre el 13 de enero de 2010 y el 14 de agosto de 2015; condenó al pago de

la sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y se abstuvo de reconocer la compensación de pagos semestrales.

SEGUNDO: DECLARAR prósperas parcialmente las excepciones de *cobro de lo no debido* y *pago*, esgrimidos por Comcel S.A., e imprósperas las demás. Y en tal sentido, **REVOCAR** la providencia en lo que respecta al reconocimiento de indemnización por despido sin justa causa, aportes al sistema de seguridad social en pensiones por el espacio de tiempo laborado e indexación de los conceptos reconocidos. En su lugar, se **ABSUELVE** a la pasiva de dichos pedimentos.

TERCERO: MODIFICAR la decisión judicial, en lo que atañe a la condena por sanción moratoria del artículo 65 del CST, precisando que ésta equivale a la suma diaria de \$20.533 a partir del 1° de abril de 2014 y hasta tanto se cancelen todas las prestaciones adeudadas, en la medida que el actor devengaba un salario mínimo para la fecha de terminación del contrato de trabajo.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE.

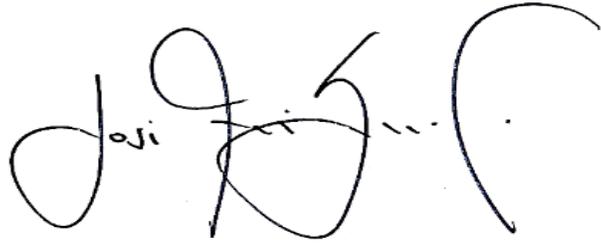
Los Magistrados,



ELVER NARANJO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

KatyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 102, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 04 de noviembre de 2020.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Elver Naranjo

Magistrado sustanciador

Cúcuta, tres (3) de noviembre dos mil veinte (2020)

1o. ASUNTO

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 26 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-002-2017-00040-00, promovido por **José Emin Contreras Castellanos** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA. Deprecia el actor el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 31 de agosto de 2012, y como consecuencia, el reconocimiento y pago del retroactivo pensional incluyendo las primas adicionales, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y la indexación de las mesadas.

Adujo para ello: **1) Que** padece de “*poliomielitis*”, enfermedad congénita y degenerativa por la que fue valorado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, determinándole una pérdida de capacidad laboral de 72.5% con fecha de estructuración 4 de mayo de 1976 según el dictamen 2016151850XX del 9 de mayo de 2016. **3) Que** Colpensiones mediante la Resolución GNR 361947 del 30 de noviembre de 2016 le negó el reconocimiento pensional, bajo el argumento de que no cumplía con las 50 semanas de cotización en los último 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez. **4) Que** cotizó al sistema más de 50 semanas con anterioridad al 31 de agosto de 2012, fecha de su última cotización y en la que aduce, perdió de manera definitiva su capacidad para laborar.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA La Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones manifestó que el demandante estuvo afiliado, pero que no es cierto que haya logrado consolidar su estatus pensional bajo algún régimen o riesgo, señalando que el concepto de calificación es de 62.50% de pérdida de capacidad laboral y no de 72.5% como lo afirmó en la demanda, estructurada el 4 de mayo de 1976 mediante el dictamen N° 2016151850XX del 9 de mayo de 2016, el cual quedó ejecutoriado toda vez que no se presentaron inconformidades frente al mismo. Expuso que el demandante elevó solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez el 22 de septiembre de 2014, la cual le fue negada mediante acto administrativo GNR 69690 del 11 de marzo de 2015 debido a que no cumple con las semanas mínimas de cotización durante los 3 años anteriores a la estructuración de su invalidez, siendo para el presente caso la fecha de realización del dictamen, debido a la enfermedad degenerativa del

actor. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de indebida notificación de la demanda, carencia del derecho reclamado, buena fe, falta de título y causa, genérica, y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el 26 de mayo de 2020 declaró probada la excepción de carencia del derecho reclamado, denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante. Consideró que para contabilizar el requisito de las semanas de cotización previas al sistema que dispone el artículo 1° de la ley 860 de 2003, no se podía tener en cuenta la fecha de la última cotización, debido a que el demandante a pesar de presentar diagnóstico de paraplejia flácida la cual se considera como enfermedad degenerativa, no acreditó que tales aportes obedecieron a una verdadera capacidad laboral residual, máxime cuando aquellos se hicieron a través del fondo de solidaridad pensional, subsidio que contempla diferentes causales para su extinción o pérdida. En ese sentido refirió que para la contabilización de las semanas, debía tomarse la fecha en la que se realizó el dictamen de PCL al demandante, encontrando que en el interregno 5 de mayo de 2013 al 5 de mayo de 2016, aquél no realizó cotizaciones, por lo que no reunía los requisitos para ser beneficiario de la pensión de invalidez deprecada.

RECURSO DE APELACIÓN. La activa impugnó la decisión. Adujo que Colpensiones S.A. al momento de emitir la Resolución BNR 361947 del 30 de noviembre de 2016 no aplicó completamente el precedente constitucional SU 588 de 2016, en el sentido que, si bien tuvo como fecha para estructuración de la invalidez la de la realización del dictamen, no verificó la capacidad laboral

residual, debiendo en consecuencia tener en cuenta la fecha de la última cotización para efectuar la contabilización de las semanas exigidas para acceder a la pensión por invalidez, pues el que aquellas se hubieren efectuado a través del fondo de solidaridad pensional, no les resta validez jurídica a efectos de acceder a la prestación económica de pensión de invalidez por enfermedad degenerativa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Colpensiones alega que no se encuentra obligada al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al demandante. Dice que dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad, que corresponde a la fecha del dictamen por ser de las denominadas degenerativas, esto, entre el 9 de mayo de 2013 y al 8 de mayo de 2016, no registra cotización al Sistema General de Pensiones, y por consiguiente no acredita los requisitos contemplados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 para acceder a la prestación. Señala además que si bien se reflejan unas cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de invalidez, no se comprobó que aquellas obedecieran a una capacidad laboral residual, pues los aportes que se reflejan desde el año 1997 los hizo como beneficiario del régimen subsidiado.

El demandante, pese a correrse el traslado respectivo para alegar, guardó silencio.

3. CONSIDERACIONES

A partir de la apelación, el problema jurídico consiste en determinar si están probados o no los supuestos de hecho para tomar como fecha de la invalidez el día de la calificación de tal estado o el de la última cotización al sistema, en vez de la data de estructuración dictaminada. En caso afirmativo si el actor tiene derecho a la pensión de invalidez.

No es objeto de discusión el estado de invalidez del actor, el cual se encuentra acreditado con el dictamen N° 2016151850XX emitido por Colpensiones el 09 de mayo de 2016 (fls. 10 y 11), en el que se le califica con una pérdida de capacidad laboral del 62,5% de origen común por una patología degenerativa (paraplejia flácida) y con fecha de estructuración del 4 de mayo de 1976; así mismo, no hay duda que mediante resolución GNR 361947 del 30 de noviembre de 2016 (Fls. 5 y 6) la encartada negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, toda vez que, teniendo en cuenta la fecha de estructuración, no cumplía los requisitos del artículo 1 de la Ley 860 de 2003; de igual forma está probado que cotizó al régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto ISS hoy Colpensiones a través del fondo de solidaridad pensional un total de 762,86 semanas, conforme da cuenta historia laboral contenida en el expediente administrativo adosado por Colpensiones.

Aclarado esto y para la resolución del asunto ha de decirse que por regla general, la norma llamada a regular la pensión de invalidez es la que se encuentra vigente al momento de estructuración de aquella, de manera que los periodos de cotización válidos para la causación del derecho, inicialmente, corresponden a los cancelados con antelación a la estructuración del riesgo que se ampara, lo que impide admitir los efectuados con posterioridad. No obstante, cumple

precisar que como excepción a esta regla, tratándose de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia -quien tomó esta postura recientemente en sentencia SL3275-2019 reiterada en SL3992-19, SL5601-19 y SL770 de 2020, - han sentado que no siempre se presenta una coincidencia entre la fecha de estructuración de la invalidez con el momento en que la persona pierde definitivamente su capacidad laboral lo que puede variar la fecha que deba tenerse en cuenta para realizar la contabilización de las semanas requeridas para la pensión de invalidez.

Ello bajo el presupuesto que en esta clase de enfermedades, si bien la discapacidad se puede estructurar en determinada fecha, la persona puede mantener una capacidad residual de trabajo que le permite continuar laboralmente activa, con la respectiva obligación de realizar los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; mismos que resultan plenamente válidos para alcanzar el reconocimiento de una pensión, pues, de no ser así, se desconocerían los aportes realizados, en palabras de la Corte Constitucional en sentencia SU588 de 2016 *“en ejercicio de una efectiva y probada explotación de una capacidad laboral residual”* .

Entonces, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo de las semanas exigidas por la ley aplicable para consolidar el derecho a la pensión de invalidez, es posible tener en cuenta los siguientes criterios: *i)* la fecha de emisión del dictamen mediante el cual se califica el estado de invalidez; *ii)* la fecha de la última cotización efectuada al sistema -calenda donde se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir

trabajando-; o *iii*) la fecha de solicitud del reconocimiento pensional. Todo esto conforme las particularidades del caso, en tanto que para variar la data a partir del cual se debe realizar el cómputo de la densidad de semanas requerida para la prestación, imperativo es examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social.

En el sub lite, partiendo del supuesto incontrovertido que José Emin Contreras Castellanos, fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 62,5% estructurada el 4 de mayo de 1976 por cuenta de la enfermedad “paraplejia flácida”, allí clasificada como degenerativa así como en el acto administrativo a través del cual Colpensiones negó la prestación por invalidez, ha de estudiarse el asunto a la luz de la excepción a la regla general y, aplicando alguna de las tres fechas posibles para efectos de contabilizar las 50 semanas de cotización que exige la Ley 860 de 2003.

Al efecto, de acuerdo con la historia laboral allegada con el expediente administrativo surge palmar que el actor realizó cotizaciones interrumpidas entre el 1 de octubre de 1997 y el 30 de septiembre de 2012, de modo que dentro de los 3 años anteriores a la calificación de la invalidez -09 de mayo de 2016 - y a la solicitud de reconocimiento pensional -3 de octubre de 2016- (Fl. 3), el accionante no realizó ni un solo aporte. Ahora bien, si se verifican los aportes realizados durante los tres años anteriores a la última cotización, es decir, del 30 de septiembre de 2009 al mismo día y mes de 2012, se observa que se colma con creces la densidad de cotizaciones que exige la Ley 860 de 2003; sin embargo,

contrario a lo afirmado por el apelante, ello no resulta suficiente para acceder a la prestación pues como se señaló con anterioridad, es necesario, no solo acreditar que la causa de la invalidez devino de una enfermedad degenerativa, sino que tales aportes, fueron realizados por el desempeño de sus labores en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual.

Segundo requisito que, acertadamente como lo señaló el a-quo, no surge en el de marras si se tiene en cuenta que ningún vestigio probatorio se arrimó para llegar siquiera a un convencimiento supino de que aquellos aportes se realizaron por el desempeño de sus labores en ejercicio de una real capacidad laboral residual dado su padecimiento, en tanto todos ellos lo fueron como beneficiario del régimen subsidiado, cotizaciones que si bien son válidas para causar las prestaciones de invalidez conforme el Decreto 3771 de 2007 y a la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL843 de 2013), no otorgan la certeza de que el porcentaje no subsidiado y que canceló en dicho periodo devino del despliegue material, efectivo y personal de su fuerza de trabajo, ya que, bien pudieron ser realizados con dineros que no tienen origen en una actividad laboral materialmente desempeñada por aquél. Ello si se tiene en cuenta que ni siquiera en la demanda refiere cómo subvencionó tales, por ejemplo, por haber desarrollado cualquier ocupación productiva de carácter informal.

Es del caso anotar que, a diferencia de lo que sucede con los cotizantes dependientes, la historia laboral de los afiliados independientes, voluntarios y subsidiados, no es indicio del despliegue de una actividad productiva, toda vez que, en tales eventos la historia laboral solo revela que fueron pagadas unas

cotizaciones, por lo que se hace imperioso demostrar en estos últimos casos en qué consistió la labor que permitió efectuar el aporte.

Y es que esa necesidad probatoria que se reclama es la que permite concluir si en la realidad, cesaron los ingresos que el afiliado inválido obtuvo con una capacidad laboral residual y, por ende, deba reconocérsele la prestación que haya sido construida con el fruto de su trabajo. Como esa carga procesal no fue satisfecha, tal como consideró el a-quo, no se dan los supuestos de hecho para resolver las pretensiones por vía de la jurisprudencia rememorada.

En síntesis, la apelación no prospera porque no se encuentra acreditado que el accionante, con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, hubiese hecho aportes en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, esto entre los años 1997 a 2012. Simplemente se demostró que se afilió como cotizante a través del régimen subsidiado, pagando el porcentaje que a aquél le correspondía, mas, no que tales hayan sido fruto de su trabajo. En consecuencia, habrá de confirmarse la decisión de primer grado.

Finalmente, conforme al artículo 365 del C.G.P aplicado por remisión normativa prevista en el 145 del CPTSS, se condenará en costas al demandante por cuanto su apelación no salió avante. Se fijará como agencias en derecho de la alzada \$100.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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 26 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al actor. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada la suma de \$100.000. Líquidense de manera concentrada por el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

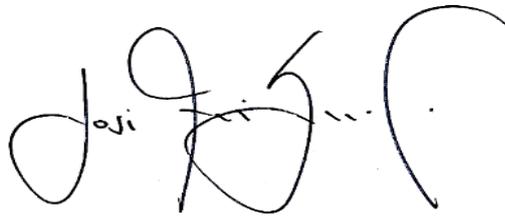
Los Magistrados,



ELVER NARANJO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 102, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8
a.m. Cúcuta, 04 de noviembre de 2020.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, tres (3) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 21 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-002-2018-00497-00, promovido por **Jesús Alberto Ríos** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, se surte el grado jurisdiccional de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la entidad y no fue impugnado.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (folios 64-84): Depreca el actor el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen común desde la fecha de estructuración de tal siniestro. En consecuencia, se condene a la pasiva a pagarle las mesadas insolutas reajustadas, teniendo en cuenta para ello hasta la

última cotización efectuada al sistema general de pensiones; intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y en subsidio, la indexación.

Adujo para ello: **1) Que** Colpensiones le reconoció pensión de invalidez en cuantía de \$781.242, a partir del 1° de marzo de 2018. **2) Que** la fecha de estructuración de la invalidez es mayo 2 de 2010. **3) Que** reporta un total de 822,86 semanas que debieron tenerse en cuenta para efectos de la liquidación del índice base de liquidación y posterior mesada pensional. **4) Que** presentó la reclamación administrativa por el petitum aquí consignado, pero obtuvo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 100 a 112): La pasiva se opuso a las peticiones argumentando que reconoció la pensión de invalidez desde la inclusión en nómina por no tener certeza del pago de subsidio por incapacidad temporal, al no hallar idóneo el documento aportado por el actor y expedido por la EPS Coomeva. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación de pagar el retroactivo pensional e intereses moratorios, buena fe, improcedencia de la indexación, imposibilidad de condena en costas, prescripción y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el 21 de mayo de 2020, condenó a COLPENSIONES a pagar al actor \$60.723.592 por concepto del retroactivo pensional causado entre el 3 de mayo de 2011 y el 28 de febrero de 2018, intereses de mora a partir del 13 de febrero de 2018 y hasta la data de la sentencia, en valor de \$39.281.950, sin perjuicio de los que se continuaran causando hasta el pago efectivo de la obligación. Negó la pretensión de reliquidación de la prestación económica, y gravó en costas a la demandada.

Revistió de veracidad el contenido del certificado de incapacidades expedido por la Eps Coomeva y tuvo por probado que al actor le fueron reconocidos dichos subsidios hasta el 2 de mayo de 2011, por ende, estimó que a partir del día siguiente hay lugar al pago de la pensión de invalidez. En cuanto a los intereses de mora los tuvo por procedentes debido al retardo en el pago de las mesadas anteriores al 1° de marzo de 2018, las que consideró causadas al cabo de los 4 meses de haber sido reclamada la pensión, el 13 de febrero de 2018. Respecto a la reliquidación del IBL, consideró que las semanas utilizadas para tal fin, corresponden a las efectivamente cotizadas hasta la data de estructuración del estado de invalidez, tornándose inviable incluir las aportadas con posterioridad.

RECURSOS DE APELACIÓN: La convocada a juicio impugnó la decisión y aspira a que se revoque. Estima improcedente el derecho reclamado por no acreditarse las exigencias contenidas en el Decreto 917 de 1999, concretamente, que el afiliado no se benefició del pago de auxilios por incapacidad, que pugnan con las mesadas pensionales por invalidez. Frente a los intereses moratorios arguyó que de acuerdo al artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se causan por el retardo en el pago de la pensión reconocida, lo cual no ha sucedido en este caso, ya que desde el otorgamiento de la prestación económica ha pagado todas las mesadas.

Por su parte, el Ministerio Público discute que constituye una carga ineludible para los afiliados al sistema general de seguridad social integral, el presentar solicitudes con observancia de los requisitos preestablecidos para tal fin, y comoquiera que en sede administrativa el actor no adjuntó documento apto que demostrara el impago de los subsidios por discapacidad, pues solo en el transcurso del proceso se

revistió al mismo de credibilidad, diáfano deviene que la falta de reconocimiento de retroactivo pensional obedeció a una causa imputable al pensionado. Lo que de contera, derruye la posibilidad de imponer a cargo del ente público la sanción de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Jesús Alberto Ríos, se ratificó en lo propuesto en el líbelo introductor, solicitando mantener incólume el fallo apelado.

Por su parte, Colpensiones insiste en que constituye *requisito sine qua non* para la procedencia del derecho reclamado, la acreditación de que el afiliado no percibió subsidios por incapacidad y como ello no fue demostrado, imposible resulta condenar a la entidad que actuó con total probidad, al pago de retroactivo pensional e intereses moratorios arguyó que de acuerdo al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más, cuando desde el reconocimiento de la prestación económica no ha existido mora en el pago de mesadas.

3o. CONSIDERACIONES

Atendiendo a la alzada y el alcance del grado jurisdiccional de consulta, los problemas jurídicos consisten en examinar, primero, si la pensión de invalidez debe pagarse en data anterior a la fijada por Colpensiones. En caso afirmativo se verificará su monto, la prescripción y la condenación en costas. Segundo, si hay lugar a los intereses moratorios solamente cuando ha sido reconocida la pensión.

En ese orden es menester partir del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, específicamente su inciso final que reza:

“La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.”

También debe tenerse en cuenta la excepción a esa regla general del disfrute de la prestación, prevista en el artículo 3° del Decreto 917 de 1999 [por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995 - Manual Único para la Calificación de la Invalidez], que **difiere el inicio del pago de la prestación económica mientras el afiliado perciba el subsidio por incapacidad temporal.**

Es de advertir que el Decreto 917 de 1999 tuvo aplicación en las actuaciones anteriores al 12 de febrero de 2015 de acuerdo a la regla derogatoria contenida en el Decreto 1507 de 2014. En consecuencia, como la calificación de la invalidez del actor, se llevó a cabo el 11 de enero de 2018 (fls. 28-32), resulta equívoca la intelección del sentenciador de primer grado de aplicar al sub judice un postulado normativo derogado hace más de un lustro. Lo mandado era emplear íntegramente el segundo compendio legal citado, por haberse producido en su vigencia la experticia de merma de capacidad del actor.

Ciertamente, ningún apartado del Decreto 1057 de 2014 plantea la prohibición de percibir simultáneamente la pensión de invalidez de origen común y el subsidio por incapacidad. Tal tesis sólo fue reproducida por el derogado artículo 3° del Decreto 917 de 1999, ya transcrito. Normatividad que como se dijo, solo aplicó para los eventos generados antes del 12 de febrero de 2015.

Empero, a pesar de lo señalado, no puede decirse que un afiliado cuya estructuración de invalidez se determinó luego de esa data (12 de febrero de 2015), está habilitado para recibir tanto la pensión

correspondiente como el subsidio de incapacidad, sin ninguna limitante. En efecto, adviértase que, si bien el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, señala que el pago de la pensión de invalidez de origen común procederá desde la data en que se produce dicho estado, sin hacerse alusión a ninguna prohibición o limitante, esta disposición no puede leerse aisladamente, sino que, debe interpretarse en forma sistemática incluyendo lo previsto en el artículo 10 del Decreto 758 de 1990 que reza: **“Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio”**. Regulación que debe entenderse incorporada al reglamento de la seguridad social de 1993, porque no es contraria a su teleología y principios como se previó en el artículo 31 ibídem, pues, propende por evitar que una contingencia sea amparada dos veces.

Nótese incluso, que a partir de los principios generales de la seguridad social consagrados en los artículos 2 y 3 de la Ley 100 de 1993, tales como la eficiencia, la unidad y la integralidad, que aluden a la mejor utilización de los recursos del sistema, a través de la articulación de prestaciones y procedimientos frente a las entidades que administran dichos recursos, debe decirse que por regla general una contingencia o riesgo no puede ser amparada dos veces por dos o más prestaciones establecidas para su protección.

Como ejemplo del desarrollo de estos principios se encuentra el literal j) del artículo 13 de la mentada ley, que prohíbe expresamente que un afiliado perciba al mismo tiempo la pensión de invalidez de origen común y la pensión de vejez.

Esa misma filosofía acompaña los eventos en que un afiliado pierde su fuerza de trabajo y por ello tiene lugar el reconocimiento de un subsidio por incapacidad temporal hasta tanto reciba la pensión de invalidez, no en otro sentido puede entenderse como los artículos 206 de la Ley 100 de 1993, y 28 del Decreto 806 de 1998, que reconocen el subsidio por incapacidad como una prestación económica del Sistema de Seguridad Social cuya finalidad es suplir los ingresos salariales que no puede percibir el afiliado cotizante en razón de la afectación de su estado de salud para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual, **excluyen expresamente** de su otorgamiento a los pensionados, así:

*“Beneficios de los afiliados al Régimen Contributivo. El Régimen Contributivo garantiza a sus afiliados cotizantes los siguientes beneficios: a) La prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, de que trata el artículo 162 de la Ley 100 de 1993; b) El subsidio en dinero en caso de incapacidad temporal derivada por enfermedad o accidente ocasionados por cualquier causa de origen no profesional; c) El subsidio en dinero en caso de licencia de maternidad....**Los pensionados cotizantes y los miembros de su grupo familiar que no estén cotizando al sistema recibirán únicamente las prestaciones contempladas en el literal a) del presente artículo...**”*

En todo caso, si se entendiera que el artículo 10 del Decreto 758 de 1990 fue derogado, al no existir norma expresa que regule el tema, debe acudirse a los principios regentes de la seguridad social y a las reglas del artículo 8° de la Ley 153 de 1887 que establece: *“cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.”*, **para entonces aplicar por analogía** el parágrafo 2° del

artículo 10 de la Ley 776 de 2002, que si bien regula las contingencias amparadas en el sistema de riesgos laborales, guarda relación con el tema aquí debatido, en tanto sigue la misma hermenéutica planteada según la cual una contingencia no puede ser cubierta dos veces por prestaciones de la seguridad social, cuando indica que:

“...No hay lugar al cobro simultáneo de las prestaciones por incapacidad temporal y pensión de invalidez. Como tampoco lo habrá para pensiones otorgadas por los regímenes común y profesional originados en el mismo evento.”

Vistas así las cosas, luego de analizadas las normas que anteceden, se concluye, que una persona que a la data de estructuración se encuentre disfrutando del subsidio por incapacidad, debe dejar de percibirlo para disfrutar de la pensión de invalidez de origen común, en tanto estas dos prestaciones resultan excluyentes dada la prohibición legal de amparar una contingencia dos veces que se desprende de los principios y filosofía del sistema de seguridad social, bien por aplicación del artículo 10 del Decreto 758 de 1990, ora por aplicación analógica del artículo 10 de la Ley 776 de 2002.

Bajo las anteriores previsiones se analiza el caso concreto, encontrando que el estado de invalidez del actor se estructuró el **2 de mayo de 2010**, como consta en el dictamen No. 201825681700 del 11 de enero de 2018 y la Resolución de Colpensiones SUB 46643 del 23 de febrero de igual calenda (folios 13-17 y 28 a 32 del expediente).

Ahora, en cuanto al subsidio por incapacidad temporal se lee en el certificado expedido el 23 de agosto de 2017 por Coomeva EPS (fl. 44) que al actor le fueron prescritas incapacidades desde el 2 de junio de 2010 y **hasta el 2 de mayo de 2011**. Por lo tanto, con base en esa probanza es patente que entre el 2 de mayo de 2010 e igual día y mes

del 2011, se configuró la circunstancia que impide legalmente percibir la pensión de invalidez, de ahí que en ese sentido es válido el juicio del *A Quo* al conceder el retroactivo pensional a partir del 3 de mayo de 2011, día posterior al recibo del último auxilio económico de dicha naturaleza.

Sobre este punto, es pertinente indicar que no son de recibo las argumentaciones de la pasiva, encaminadas a deslegitimar el contenido del documento contentivo del historial de subsidios transcritos y efectivamente cancelados al demandante. **Primero**, porque contrario a las deficiencias que se le endilgan, lo que se observa es un certificado fechado, claro y perfectamente legible, que aun cuando no está suscrito por un funcionario específico, sí posee sello y distintivos propios de la entidad promotora de salud (Cooomeva EPS). Mírese además que los escritos que reposan a folios 45 y 46 del cartapacio, también se emitieron desde el área de prestaciones económicas con logotipos similares, plasmando incluso en número del caso asignado al afiliado, que en caso de dudas, Colpensiones pudo válidamente rastrear a partir de un trámite interadministrativo. **En segundo lugar**, en tanto que como en el trámite procesal no fue cuestionada la veracidad del aludido escrito, pues, no fue tachado de falso ni desconocido, palmario deviene la necesidad de presumirlo auténtico por mandato del inciso 2° del artículo 244 y el 269 del CGP, aplicados a la presente actuación por remisión del 145 del CPTSS, debido a la falta de regulación de la autenticidad de la prueba documental en esta codificación.

Aclarado lo anterior, con relación al monto del retroactivo, las mesadas insolutas suman **\$60.693.100¹**, no los \$60.723.592 que cuantificó el *A*

1

AÑO	PENSIÓN	MESADAS POR AÑO	PENSIÓN ANUAL
2011	\$535.600	9,93	\$5.318.508
2012	\$566.700	14	\$7.933.800

Quo. Es del caso resaltar que el valor liquidado por el juzgador no se halla detallado en documento alguno.

Se complementará la decisión para autorizar que del retroactivo se realicen los descuentos de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por disponerlo así los artículos 157 y 203 de la Ley 100 de 1993, 26 del Decreto 806 de 1998 y 2° del Decreto 4248 de 2007, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – como la sentencia SL 7061-2016 de mayo 18 de 2016.

En lo que respecta a la prescripción la misma no se configuró en los términos de los artículos 6° y 151 del CPTSS y 94 del CGP. En efecto, dado que no se indica cuándo fue notificada la calificación de invalidez, se toma como exigibilidad de la pensión la fecha del dictamen, **11 de enero de 2018** (fls. 24 a 32). En ese sentido y como la reclamación administrativa que interrumpió la prescripción fue agotada el **2 de marzo de 2018** (fl. 5), es palpable que no transcurrieron tres años desde entonces y hasta la presentación de la demanda el **30 de noviembre de 2018** (fl. 1°). Además, como el auto admisorio de la demanda fue notificado a la pasiva dentro del año siguiente a su publicación por estados (fls. 80 y 89), es evidente que la prescripción fue interrumpida oportunamente.

Frente a las costas basta decir que por ser Colpensiones la parte vencida en el proceso debe pagarlas, como dispone el artículo 365 del CGP,

2013	\$589.500	14	\$8.253.000
2014	\$616.000	14	\$8.624.000
2015	\$644.350	14	\$9.020.900
2016	\$689.455	14	\$9.652.370
2017	\$737.717	14	\$10.328.038
2018	\$781.242	2	\$1.562.484
		TOTAL	\$60.693.100

aplicable por remisión del 145 del CPTSS. No tiene asidero la excepción denominada imposibilidad de condena en costas porque se funda en disposiciones impertinentes, en normas del procedimiento de lo contencioso administrativo con las cuales no hay analogía a la luz del referido artículo 145 de la regulación adjetiva de la especialidad laboral y de la seguridad social.

Recursos de apelación

Tanto la pasiva como el Ministerio Público, atacan a la sentencia en lo referente a los intereses moratorios, discutiendo que hasta la data no ha existido mora en el pago de las mesadas pensionales y en todo caso, la negativa de reconocimiento de las otorgadas vía judiciales, cuenta con justificación legal, cual es, la no existencia de documento idóneo que acreditara el impago de subsidios por incapacidad.

Sobre el particular hay que atenerse al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Como se observa, la disposición no alude expresamente al retardo en el reconocimiento de la pensión o de mesadas, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia lo ha incluido haciendo una interpretación extensiva del artículo, verbigracia en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de septiembre 7 de 2016 (SL13.670-2016), posición que ha sido reiterada, lo que pone en claro que, de acuerdo a la jurisprudencia, **también se causan intereses de mora si el no pago de mesadas**

obedece a que dentro del plazo previsto en la ley para el otorgamiento de la pensión la administradora no reconoce la prestación económica al peticionario que radicó la correspondiente documentación que acredita su derecho.

Desde esa perspectiva no resulta viable el argumento del apelante fundado a la literalidad del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 habida consideración que con apego a la jurisprudencia indicada Colpensiones sí adeuda intereses de mora al actor por no haber reconocido y pagado las mesadas causadas entre el 3 de mayo de 2011 y el 28 de febrero de 2018, a más tardar el 13 de febrero de 2018, esto es, dentro de los 4 meses siguientes a la reclamación de la pensión de invalidez, plazo previsto en el artículo 19 del Decreto 656 de 1994.

Además, carece de justificación la negación del retroactivo pensional por parte de la administradora de pensiones en la medida en que en la Resolución SUB 46643 de 2018 y las posteriormente dictadas (SUB 98108 y DIR 8117, ambas de 2018), se menciona la carencia de prueba idónea del histórico de pagos de subsidio por incapacidad, cuando desde la solicitud de pensión el actor cumplió con la obligación de adjuntar el documento contentivo de la información necesaria para resolver en forma positiva el reconocimiento de la prestación económica. Esto a todas luces revela que fue infundado el no pago de mesadas anteriores al 1º de marzo de 2018, por tanto, no prospera la apelación contra los intereses moratorios.

A propósito, debe modificarse la data de causación de los réditos en la medida en que, hasta el 13 de febrero de 2018 la pasiva tuvo plazo para reconocer y pagar las mesadas que son objeto de condena, en consecuencia, es a partir del 14 de dicho mes y año que deben liquidarse

los intereses reconocidos, y hasta cuando se produzca el pago del retroactivo pensional.

En síntesis, está probado que la pensión de invalidez debe pagarse al actor en data anterior a la fijada por Colpensiones porque hay incapacidades prescritas hasta el 2 de mayo de 2011, por lo tanto, efectivamente la entidad adeuda las mesadas causadas entre el 3 de mayo de 2011 y el 28 de febrero de 2018, que suman **\$60.693.100** *-no \$60.723.592-*; sobre las cuales no se configuró la prescripción y deben descontarse las cotizaciones al sistema de salud.

Los intereses moratorios son procedentes por haber negado la pasiva el pago de mesadas obviando la prueba del historial de pagos por incapacidades temporales, sanción que se genera a partir del 14 de febrero de 2018 *-no desde el 13 de febrero-*. **En consecuencia**, se modificará la decisión de primera instancia en cuanto al monto de las mesadas insolutas y la data de los intereses de mora. Se complementará la providencia para autorizar el descuento de las cotizaciones al sistema de salud, y se confirmará en lo demás debido a que no prospera la censura a los intereses de mora.

Finalmente, con base en el artículo 365 del CGP, aplicable por remisión del 145 del CPTSS, no se condenará en costas en esta oportunidad debido a que la apelación prospera parcialmente.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 21 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en cuanto al monto del retroactivo causado entre el 3 de mayo de 2011 y el 28 de febrero de 2018, el cual asciende a **\$60.693.100**. También, en relación a la fecha de causación de los intereses moratorios reconocidos, que se ubica en el 14 de febrero de 2018.

SEGUNDO: COMPLEMENTAR la providencia, en el sentido de autorizar que del retroactivo se descuenten las cotizaciones del demandante al sistema de seguridad social en salud.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: Sin costas.

NOTIFÍQUESE.

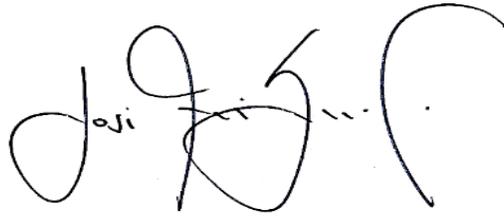
Los Magistrados,



ELVER NARANJO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 102, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8
a.m. Cúcuta, 04 de noviembre de 2020.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, tres (3) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 10 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-002-2019-00200-00, promovido por **Vilma Yudi Jiménez Saravia**, en nombre propio y en representación de la menor **Angie Tatiana González Jiménez** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, se surte el grado jurisdiccional de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la entidad y no fue impugnado.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (folios 26-30): Depreca la actora se condene a Colpensiones a reconocer y pagar tanto a ella como a su hija menor, en calidad de beneficiarias, la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del afiliado Juan Carlos Peña González; el retroactivo

pensional, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** el 13 de octubre de 2017 falleció Juan Carlos Peña González, quien para tal data ostentaba la calidad de afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones, ante la pasiva. **2) Que** petitionó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, obteniendo respuesta negativa por medio de la Resolución No. SUB 110991 del 25 de abril de 2018, bajo el argumento de que el obitado no dejó causado el derecho en los términos de la Ley 797 de 2003, pues no alcanzó a cotizar un número de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la muerte. **3) Que** el contenido de la historia laboral revela que Peña González aportó al SGP un total 201 semanas hasta el ciclo mayo de 2017; y que en el periodo trienal previo a su deceso, laboró y cotizó 72 septenarios, lo que crea a cargo de Colpensiones la obligación de reconocer y pagar la prestación económica deprecada. **4) Que** bajo el entendido que las cotizaciones por semanas solo fueron permitidas a partir de la reglamentación del Decreto 2616 de 2013, resultan inaceptables las registradas en la historia laboral del causante por ciclos inferiores a 30 días. **5) Que** comporta una carga ineludible para la demandada, el ejercer las acciones de cobro frente a los empleadores que se sustraigan del pago periódico de los aportes de sus subordinados, o lo hagan en suma inferior al SMLMV.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 43-54):

COLPENSIONES se opuso a las peticiones. Adujo que ciertamente negó el reconocimiento de la prestación, al constatar que en los tres años anteriores al fallecimiento del afiliado, éste solo cotizó 47 semanas de las 50 exigidas por la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones

las que denominó: inexistencia del derecho reclamado, buena fe, y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 87-89): El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el 10 de febrero de 2020, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes en favor de Vilma Yudi Jiménez Sarabia y la menor Angie Tatiana González Jiménez, causada con ocasión del fallecimiento de su cónyuge y padre Juan Carlos Peña González; también, retroactivo pensional que tasó en la suma de \$21.780.286, más intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 13 de mayo de 2018 y hasta el pago efectivo de la obligación. Por último, condenó en costas a la pasiva.

Como sustento se explicó que el precitado dejó causado el derecho pensional al evidenciar el cumplimiento de la densidad de semanas prescritas por la norma, y que además, la demandante logró acreditar el lustro de cinco años de convivencia con aquel, exigido por la ley para ser acreedora de dicha prestación. Consideró que el Decreto 2616 de 2013 resultaba aplicable al caso bajo el estudio y en tal línea, equiparó los días reportados en ciclos específicos de la historia laboral, a semanas válidamente cotizadas.

APELACIÓN: La pasiva aspira a que se revoque la decisión. Considera improcedente el derecho reclamado por no acreditarse las exigencias contenidas en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, concretamente, que el afiliado fallecido hubiese cotizado las 50 semanas en los tres años anteriores a su deceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La activa solicita la confirmación de la sentencia fustigada, advirtiendo que las situaciones fácticas y jurídicas que permiten la procedencia de la pensión de sobrevivientes deprecada, se hallan plenamente acreditadas, lo que además del pago de las mesadas correspondientes, viabiliza el reconocimiento de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se ratificó en lo propuesto en la contestación de la demanda, solicitando revocar el fallo apelado y consultado.

3o.CONSIDERACIONES

Atendiendo la alzada y el alcance del grado jurisdiccional de consulta, los problemas jurídicos consisten en determinar: **(i)** Si Juan Carlos Peña González dejó o no causado el derecho para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes. Si fue así, **(ii)** se analizará si las reclamantes poseen la calidad de beneficiarias de tal acreencia. En caso positivo, **(iii)** desde qué fecha debe reconocerse la prestación, en qué cuantía y si acaeció o no el fenómeno de la prescripción sobre mesadas. **(iv)** Si hay lugar a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, **(v)** si es procedente la condena en costas a cargo de la pasiva.

De la pensión de sobrevivientes, su causación y beneficiarios.

Atendiendo a la teoría del hecho causante¹ *-regla general consistente en que para establecer la causación de la prestación de seguridad social hay que estarse a la normatividad vigente al momento en que acaece o se estructura la contingencia asegurada.-*, para definir el derecho a la pensión de sobrevivientes, debe

¹ Colegio de Abogados del Trabajo. Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C., noviembre de 2014. Pág. 386 – 390.

aplicarse el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, ya que la muerte del afiliado ocurrió en su vigencia, el **13 de octubre de 2017** (fl. 17). Hecho que no fue discutido.

Los requisitos para la causación de la pensión deprecada son los previstos en el numeral 2° del artículo 12 de la referida norma modificatoria, que puntualmente exige haber cotizado **50** semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento.

Analizado el caso, se tiene que el contenido de la historia laboral obrante de folios 23 a 25, revela que el finado cotizó 201,71 semanas en toda su vida laboral (*entre el 1° de mayo de 2004 y el 31 de mayo de 2017*), de las cuales 47,571 corresponden a los tres años previos a su deceso.

En consecuencia, contrario a lo sostenido por el sentenciador de primer grado, factible resulta concluir desde ya que no se cumple con el presupuesto fáctico exigido en la Ley 797 de 2003, para dejar causado el derecho a que sus beneficiarios adquieran la pensión de sobrevivientes, es decir, la cotización de 50 semanas entre el 13 de octubre de 2014 y el mismo día y mes del 2017, cuando acaeció la muerte del afiliado Peña González.

Ahora bien, comoquiera que el juez *A Quo* sustentó su tesis de condena en la aplicación de las disposiciones contenidas en el Decreto 2616 de 2013, necesario deviene acudir a las previsiones allí contenidas a fin de constatar si en realidad se armonizan con la situación fáctica que encierra el sub examine.

Dicho compendio normativo tiene por objeto *“adoptar el esquema financiero y operativo que permita la vinculación de los trabajadores dependientes que laboren por periodos inferiores a un mes, a los Sistemas de Pensiones, Riesgos Laborales y*

Subsidio Familiar, con el fin de fomentar la formalización laboral". En tal línea, centra en su artículo segundo como campo de aplicación, el grupo de trabajadores dependientes que acrediten las siguientes condiciones:

- a. *Que se encuentren vinculados laboralmente.*
- b. *Que el contrato sea a tiempo parcial, es decir, que en un mismo mes, sea contratado por periodos inferiores a treinta (30) días.*
- c. *Que el valor que resulte como remuneración en el mes, sea inferior a un (1) salario mínimo mensual legal vigente.*

Al analizar bajo esos parámetros el sub lite, se encuentra *a limine* que los vestigios probatorios adosados al plenario no compaginan con las situaciones de hecho transcritas, lo que impide aplicar la fórmula de cotización prevista en el ya citado decreto. En efecto, del histórico de aportes en pensión del causante (fls. 23-25), no logra colegirse que durante los trece años de afiliación al sistema, Juan Carlos González Peña hubiese cotizado **dentro de un mismo mes**, varios periodos inferiores a 30 días, bien sea a razón de uno o varios empleadores. Tampoco, que el IBC reportado resultara inferior a la suma equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, pues se observa que incluso, en varios de los meses aportados se superó tal tope.

Nótese además, que el contenido de la casilla de "*días reportados*", coincide plenamente con la de "*días cotizados*", y aun cuando algunos ciclos registran aportes por debajo de los treinta días, ello *per se* no comporta argumento suficiente para concluir que entre el afiliado y su empleador, medió un contrato de trabajo parcial, menos que aquél se hallara inmerso en la informalidad laboral definida por el literal a) de la ley 1429 de 2010 –de formalización y generación de empleo-, como "*el ejercicio de una actividad por fuera de los parámetros legalmente constituidos*".

Al contrario, lo que se infiere es que el obitado experimentó una merma temporal en la habitualidad de los trabajos que estaba acostumbrado a desempeñar; circunstancia que bajo la égida del reglamento analizado, constituye causal plena de exclusión frente a los beneficios en él previstos, tal como lo explica el parágrafo único del citado artículo 2º, cuyo tenor literal reza:

*“Parágrafo. El presente decreto **no se aplicará** a los trabajadores afectados por una reducción colectiva o temporal de la duración normal de su trabajo, por motivos económicos, tecnológicos o estructurales”.* –Se destaca–

Y es que valga precisar que, la naturaleza de las relaciones de trabajo (contratos laborales) del causante, ni siquiera fue objeto de cuestionamiento o discusión entre las partes. Mírese inclusive que la misma activa, desde la formulación del libelo, discrepó abiertamente de la posibilidad de aplicar lo reglamentado en el aludido Decreto 2616, sosteniendo que *“no puede ser de recibo para el operador judicial, que se permita que en la historia laboral de un trabajador, aparezcan periodos de pago en un mes, por un día o dos, cuando lo mínimo permitido en una relación laboral, son pagos mensuales es decir de 30 días calendario”* (fl. 27). Se desconoce así que ningún apartado de la Ley 100 de 1993 –creadora del sistema de seguridad social integral– prohíbe que dentro de un ciclo se cotice menos de 30 días, pues la única condición que han de observar los afiliados dependientes o independientes, es la de reportar con un IBC no inferior al SMLMV.

De los argumentos transcritos, se colige que verdaderamente, la activa hace alusión a la existencia de mora en el pago de los aportes imputable a los empleadores del fallecido. Teoría que desde ya debe desecharse en la medida que el cuadro de *“observaciones”* del histórico laboral del ex

trabajador, referencia que se efectuaron pagos por todos los periodos declarados, ninguno de los cuales reporta cancelaciones tardías que afectaran al afiliado de cara a la eventual aplicación de imputación de pagos y/o cobro de intereses moratorios que redujera el valor final de dichas cotizaciones.

Entonces, al no existir mora frente al pago de aportes pensionales, exigir a Colpensiones el despliegue de acciones de cobro frente a los empleadores, constituye un reclamo infundado y abiertamente contrario al supuesto fáctico que sustenta la teoría del allanamiento a la mora, cuya aplicación se pretende.

Tampoco puede pensarse en aplicar *plusultractivamente* la Ley 100 de 1993 en su redacción original, ya que ninguna de semanas que reporta la historia laboral del causante, fueron válidamente cotizadas en su vigencia. Es decir, que la excepción a la retrospectividad de la ley *-y a la teoría del hecho causante que se ha expuesto-* tiene entre sus presupuestos, que la densidad de semanas exigidas por la otrora Ley 100 se haya reunido antes de la promulgación de la 797 de 2003; situación que se itera, no converge en el sub lite en tanto la afiliación pensional se perfeccionó a partir del 1° de mayo de 2004, cuando ya regía lo estipulado en la última norma mentada.

Por fuerza de todo explicado, no existe el más mínimo asomo de duda para concluir que la intelección efectuada por el juez de primer grado fue errada, en la medida que entendió como destinatario del Decreto 2616 de 2013, a efectos de contabilizar semanas aportadas al subsistema de pensiones, a un afiliado que no se reputa beneficiario de las reglas allí contenidas.

Así las cosas, como el cómputo de las semanas cotizadas por Juan Carlos González Peña entre el 13 de octubre de 2014 y el 13 de octubre de 2017, solo arrojan un total de 47,571, es decir, menos de las 50 exigidas por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, palmario deviene ultimar que no hay lugar al reconocimiento de la prestación económica suplicada (pensión de sobrevivientes), pues el afiliado no dejó causado tal derecho. Razones suficientes para abstenerse de emitir pronunciamiento sobre los demás problemas jurídicos planteados; concluyendo que la razón acompaña a la entidad apelante, cuando afirma que la negativa emitida frente a las peticiones de la actora se ampara en los postulados normativos vigentes.

En síntesis, como la alzada logra derruir la óptica fáctica y legal de la decisión de la primera instancia, no queda otro camino que revocarla, para en su lugar absolver a la pasiva de las pretensiones incoadas en su contra, declarando probado el medio exceptivo que en ese sentido propuso la administradora del régimen de prima media de *inexistencia del derecho reclamado*.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se condenará en costas de ambas instancias al polo activo de la relación procesal, debiendo incluirse como agencias en derecho de la alzada \$100.000. Monto acorde con el Acuerdo N° PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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 del 10 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta. En su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES de las súplicas incoadas por Vilma Yudi Jiménez Saravia, en nombre propio y representación de la menor Angie Tatiana González Jiménez; y **DECLARAR** probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la activa. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada \$100.000. Líquidense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

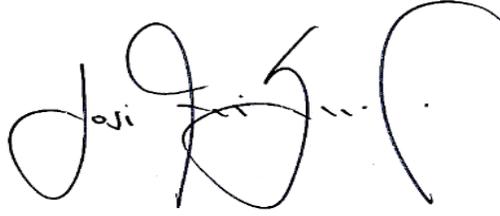


ELVER NARANJO



Salva Voto

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 102, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8
a.m. Cúcuta, 04 de noviembre de 2020.



Secretario



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA
SALA DE DECISION LABORAL
SALVAMENTO DE VOTO
MAGISTRADA NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

**Radicado No. 2019-00200
Partida Tribunal No 18.940**

Con mi acostumbrado respeto para mis compañeros de sala, les manifiesto que salvo mi voto respecto de la decisión de la sala mayoritaria de revocar la sentencia del 10 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en la cual se había ordenado el reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes a favor de Vilma Yudi Jiménez Sarabia y la menor Angie Tatiana González Jiménez, causada con ocasión del fallecimiento de su cónyuge y padre Juan Carlos Peña González, revocando este reconocimiento y absolviendo a COLPENSIONES de las pretensiones en su contra.

Para llegar a esta conclusión, la Sala Mayoritaria determinó que el *a quo* había aplicado incorrectamente las disposiciones contenidas en el Decreto 2616 de 2013 pues no era procedente entender que este rigiera para las cotizaciones realizadas por el causante JUAN CARLOS GONZÁLEZ PEÑA, en la medida que de la historia laboral no se desprendía que en sus 13 años de afiliado hubiese cotizado dentro de un mismo mes, varios períodos inferiores a 30 días, bien sea a razón de uno o varios empleadores ni que el IBC reportado fuera inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Agregando que no era aplicable la teoría de allanamiento a la mora pues los días reportados coincidían con los cotizados y que inclusive el mismo párrafo señalaba que el decreto no aplicaba a trabajadores afectados por una reducción colectiva o temporal de la duración normal de su trabajo, que coincidía con lo evidenciado en las cotizaciones.

Bajo este entendido, no comparto esta conclusión pues estimo que lo procedente era confirmar la sentencia de primera instancia y reconocer la pensión de sobrevivientes al ser plenamente aplicable al causante, las disposiciones del Decreto 2616 de 2013 para contabilizar los días cotizados en períodos inferiores a un mes por la semana entera correspondiente, como establece dicha norma y estimo que se está aplicando una interpretación restrictiva de la misma.

En primer lugar, debe partirse del objeto del citado decreto que era garantizar la formalización laboral y por ello se impuso que los empleadores debían cotizar por semanas enteras, pese a que la labor contratada fuera de apenas días, así: de 1 a 7 días sería 1 semana, de 8 a 14 días serían 2 semanas, de 15 a 21 días serían 3 semanas y más de 21 días conllevan a

las 4 semanas enteras. Los requisitos para aplicar estas condiciones son: que exista vinculación laboral, que el contrato sea a tiempo parcial (que en un mismo mes, sea contratado por periodos inferiores a treinta (30) días) y que el valor que resulte como remuneración en el mes sea inferior al salario mínimo mensual legal vigente.

La interpretación dada por la Sala Mayoritaria señala que estos requisitos no se cumplen por dos razones principales: que no se deriva de la historia laboral que el trabajador hubiese cotizado dentro de un mismo mes, varios periodos inferiores a 30 días y que su ingreso no era inferior al mínimo mensual legal vigente; es decir, se está exigiendo cotizar dentro de un mismo período por varios períodos inferiores a 30 días para aplicarle el decreto, lo que no se compagina con la norma que inclusive concibe el período mínimo a equivaler el de 1 día y se entiende que por haber cotizado el mínimo diario, esto debía equipararse al mínimo legal, lo que no se ajusta a la literalidad del texto que de manera clara señala que la cotización debe ser inferior al mínimo mensual sin exigir que se ponderara equivalencia alguna sobre los días.

De la historia de cotizaciones del causante, se desprende que el afiliado posee cotizaciones inferiores a 30 días en los periodos:

- Enero de 2015, cotiza por 3 días con \$64.435 que son 3 días de salario mínimo
- Abril de 2015, cotiza por 18 días con un empleador y 1 día con otro, en ambos casos por el salario mínimo diario correspondiente
- Octubre de 2015 cotiza por 9 días por \$193305 que son 9 días de salario mínimo
- Marzo de 2016 cotiza por 1 día por \$23000 que es un día de salario mínimo
- Septiembre de 2016 cotiza por 2 días por \$23000 que es un día de salario mínimo
- Enero de 2017 cotiza por 1 día por \$25000 que es un día de salario mínimo
- Mayo de 2017 cotiza por 1 día por \$24600 que es un día de salario mínimo

Entonces, tenemos periodos de cotización inferiores a 30 días por remuneración mensual que es inferior al salario mínimo mensual legal vigente, que es el precepto aplicable del decreto y ante ello, se debieron contabilizar estos por las semanas equivalentes.

Por otra parte, tampoco comparto que se aplicara el párrafo del artículo 2° del Decreto 2616 de 2013 que excluye de su campo de aplicación a *“los trabajadores afectados por una reducción colectiva o temporal de la duración normal de su trabajo, por motivos económicos, tecnológicos o estructurales”*; pues la conclusión de que el causante encajaba con este precepto es una inferencia sin respaldo probatorio alguno, siendo que esta situación para ser declarada debía probarse suficientemente por la parte demandada, quien era la interesada para que aplicara esta excepción.

Para que haya una merma o reducción, se implica que venga existiendo una continuidad y que disminuya progresiva o intempestivamente este progreso; lo que no puede inferirse simplemente de las cotizaciones, pues debía verificarse la condición de las diferentes relaciones laborales del causante

para los períodos citados anteriormente. Inclusive, al verificar estos, se puede apreciar que períodos como 201510, 201603 y 201609 no tienen antecedente para afirmar que hubo merma.

De lo anterior se desprende, que el causante sí cumplía con los preceptos para que COLPENSIONES hubiera hecho exigible a los aportantes la aplicación estricta del Decreto 2616 de 2013 en los períodos de enero, abril y octubre de 2015, marzo y septiembre de 2016 y enero y mayo de 2017, en lo que equivaldría a 10 semanas de cotización que hubieran sido suficientes para alcanzar las 50 en los últimos 3 años que hubieran permitido confirmar el reconocimiento pensional de primera instancia.

Considera la suscrita, que los argumentos de la Sala Mayoritaria desconocen el principio de favorabilidad y el alcance que precisamente el Decreto 2616 le dio al trabajo por días para lograr una protección efectiva de los trabajadores que son enganchados por actividades ocasionales, y que con la aplicación adecuada de esta normativa se cumplen los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes solicitada.

Por estas consideraciones, salvo mi voto sobre la decisión de negar el reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes a favor de Vilma Yudi Jiménez Sarabia y la menor Angie Tatiana González Jiménez, causada con ocasión del fallecimiento de su cónyuge y padre Juan Carlos Peña González.

Atentamente.



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, tres (3) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 10 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-002-2019-00281-00, promovido por **Jorge Enrique Jiménez Caicedo** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, se surte el grado jurisdiccional de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la entidad y no fue impugnado.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (folios 23-26): Depreca el actor se declare que cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, consagrados en la Ley 797 de 2003, por contar con 62 años y tener más de 1300 semanas cotizadas. Consecuente con ello, solicitó condenar a la demandada a

pagarle la prestación junto con las mesadas ordinarias y adicionales, los intereses moratorios o en subsidio de éstos, la indexación de las condenas, y las costas.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 7 de marzo de 1957. **2) Que** cotizó más de 1300 semanas al sistema pensional. **3) Que** elevó reclamación pensional el 3 de abril de 2019 y obtuvo respuesta negativa por medio de la Resolución SUB 159.051 del 20 de junio de igual calenda, bajo el argumento de hallarse percibiendo prestación económica con recursos públicos. **4) Que** la pensión de jubilación que le fue reconocida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no es incompatible con la de vejez deprecada, en la medida que ésta última se financia con las cotizaciones realizadas al sistema general de pensiones administrado por la AFP convocada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 39 a 51): Colpensiones se opuso a las peticiones. Manifestó que la pensión reclamada es improcedente porque el demandante disfruta pensión de jubilación, y las cotizaciones hechas al RPM no pueden utilizarse simultáneamente para la procedencia de prestaciones provenientes del régimen especial de docentes. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios, buena fe y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia del 10 de junio de 2020, condenó a Colpensiones a pagar a la activa pensión de vejez a partir del 7 de marzo de 2019 y atendiendo a 13 mensualidades mínimas. Reconoció además los intereses de mora desde el 4 de octubre de 2019, liquidados hasta la data de la providencia, en suma de \$2.166.749;

declaró no probadas las excepciones propuestas, y gravó en costas a la entidad.

Consideró que el derecho pensional debía otorgarse a la luz de lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, porque el demandante acredita los requisitos contenidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la primera norma mentada. Adujo además ser procedente la compatibilidad de la pensión de vejez y la de jubilación en la medida que ambas poseen fuentes de financiación disímiles, por lo que calificó de errada la postura de la demandada. Encontró procedente reconocer los intereses de mora deprecados, como medida resarcitoria frente al impago de las mesadas pensionales causadas; señalando que los mismos proceden luego de transcurrido el plazo de seis meses con que cuenta la entidad para efectuar la cancelación de dichos rubros, según las voces del artículo 149 de la citada ley 100.

APELACIÓN: La pasiva aspira a que se revoque la decisión. Considera improcedente el derecho reclamado por constituir doble asignación del erario en favor del demandante, situación proscrita por mandato constitucional. Frente a los intereses moratorios arguyó que de acuerdo al artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se causan por el retardo en el pago de la pensión reconocida, lo cual no ha sucedido en este caso, ya que no existe fundamento fáctico o jurídico que permite el otorgamiento de la prestación económica discutida.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Jorge Enrique Jiménez Caicedo, se ratificó en lo propuesto en el líbello introductor, solicitando mantener incólume el fallo apelado.

Por su parte, Colpensiones insiste en que las prestaciones económicas que pretende percibir el actor en forma simultánea, son abiertamente

incompatibles, por lo cual imposible resulta condenar a la entidad al pago de la prestación económica por vejez deprecada, menos, al reconocimiento de intereses moratorios porque su imposición solo es válida cuando ha existido demora en el pago de las mesadas pensionales legalmente causadas y reconocidas, lo que no sucede en este caso.

3o. CONSIDERACIONES

Atendiendo la alzada y el grado de jurisdicción de consulta, los problemas jurídicos consisten en determinar: (i) Si hay lugar o no al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo la égida de la Ley 797 de 2003, y si ésta es compatible o no con la pensión de jubilación del demandante. En caso afirmativo, desde qué fecha debe otorgarse la prestación, en qué cuantía y si acaeció o no el fenómeno de la prescripción sobre mesadas. (ii) Si resulta factible conceder intereses moratorios. Y, (iii) si es procedente la condena en costas a cargo de la pasiva.

En ese orden es menester partir del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual establece que para tener derecho a la pensión de vejez el afiliado debe reunir las siguientes condiciones: **(i)** haber cumplido 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre *-edad que a partir del 1º de enero de 2014 fue incrementada a 57 años para la mujer, y 62 para el hombre-*, y **(ii)** haber cotizado un mínimo 1.000 semanas en cualquier tiempo *-densidad de cotizaciones que a partir del 1º de enero de 2005 fue incrementada en 50 semanas, y desde el 1º de enero de 2006 el incremento fue de 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.-*

A la luz de esa normatividad se revisan las pruebas y se observa que el demandante **nació el 7 de marzo de 1957**, como consta en la copia de

la cédula de ciudadanía visible a folio 3 del expediente, hecho indicador que la causación de la pensión de vejez es a partir del 2019, con 62 años y 1.300 semanas cotizadas.

Respecto a las cotizaciones, la historia laboral allegada por COLPENSIONES informa que **el actor aportó al sistema 1.376.71 semanas** hasta junio de 2007 (folios 10 a 17).

A simple vista esa densidad es suficiente para causar la pensión de vejez. Ahora bien, se encuentra que para establecer el monto de la mesada pensional, el fallador de instancia efectuó el cálculo del IBL atendiendo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el correspondiente a los últimos 10 años de cotizaciones y el de toda la vida laboral, encontrando más alto el de la primera opción (\$965.636). Una vez aplicada la tasa de reemplazo que se aviene al caso -66.41%-, el monto de la prestación estaría por debajo del salario mínimo y como ello no es permitido a la luz de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, estableció como mesada la mínima legal -\$828.116-.

Así las cosas, atendiendo la fecha de nacimiento del actor, así como el número de semanas cotizadas (certificadas por la entidad), no queda la menor duda que acertó el fallador de instancia al acceder a condenar a Colpensiones al pago de la peticionada prestación económica de vejez, misma que ciertamente corresponde a la mínima legal, toda vez que revisada la historia laboral, la mayor parte de los aportes se efectuaron sobre esa base salarial. Además, también fue un acierto del juzgador, condenar al pago de la prestación a partir del 7 de marzo de 2019, puesto que en tal data el actor arribó a los 62 años de edad, siendo su última cotización válidamente efectuada al sistema pensional para el ciclo de junio de 2007 (fls. 10-17).

Ahora bien. Del acervo probatorio se extrae que el 3 de abril de 2019, el demandante solicitó a la pasiva el reconocimiento de la pensión de vejez, que le fue negada por medio de la resolución SUB 1559051 de 2019, bajo el argumento de disfrutar pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 4 a 9).

No se comparte el argumento esgrimido por la convocada a juicio, por lo siguiente:

Respecto a la compatibilidad entre la pensión que percibe el actor y la solicitada, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha afirmado que la pensión de jubilación reconocida a docentes es compatible con la pensión de vejez que puede obtenerse de Colpensiones, por la fuerza laboral desplegada en una institución privada. La alta corporación, también ha sido reiterativa en advertir que los aportes que realizan los afiliados a la pasiva, no pueden equipararse a dineros del tesoro público, pues, estos no son propiedad de esta entidad, sino que aquella solo actúa como mera administradora de dichos recursos, y en caso que los aportes provengan de una entidad pública, tampoco se puede indicar que son del erario, pues estas cotizaciones tienen una naturaleza parafiscal con una destinación específica. (CSJ SL, 14 feb. 2005, rad. 24062, CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y SL 451-2013).

De la historia laboral que reposa en el expediente (fls. 10 a 17) se evidencia que durante su afiliación al sistema general de pensiones administrado por la AFP demandada, el demandante realizó aportes a través de empleadores privados. Por su parte, el contenido de la Resolución 00699 del 18 de agosto de 2012 (fls. 18 a 21) revela el

reconocimiento de pensión de jubilación en favor del actor por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por los servicios prestados como docente del orden nacional.

Viene del análisis jurisprudencial y probatorio, que las semanas cotizadas al ISS (hoy Colpensiones) no se utilizaron para sufragar la otrora pensión de jubilación del demandante. Máxime cuando ambas prestaciones distan en su fuente de financiación, tal como fue reseñado. Se itera, las cotizaciones realizadas al I.S.S. por empleadores privados, no deben ser parte del financiamiento de las pensiones que por tiempos de servicios públicos sean reconocidas.

Así las cosas, acertada se encuentra la decisión de primer grado en tanto concluyó que el actor tiene derecho a que le sea reconocida la pensión de vejez porque ésta es compatible con la de jubilación que percibe.

Aclarado lo anterior, con relación al monto del retroactivo, se tiene que por concepto de mesadas retroactivas, causadas entre el 7 de marzo de 2019 y el 30 de junio de 2020, calculadas sobre el SMLMV, el importe adeudado ascendía a \$14.210.471 y no a \$13.498.291 como indicó el juez y de ahí que sea procedente la modificación de la condena. Es del caso resaltar que la diferencia monetaria surge de la omisión por parte del sentenciador, de incluir en la liquidación realizada, el valor referente a los 24 días de marzo de 2019, mes en que se ubica la causación del derecho pensional.

Adicionalmente, conforme al artículo 283 del C.G.P, aplicado por analogía según el 145 del CPTSS, se extenderá la condena en concreto desde el 1º de julio y hasta el 31 de octubre de 2020, fijando el monto

del retroactivo en suman **\$17.721.683¹**, conforme a cálculo que se detalla.

Se complementará la decisión para autorizar que del retroactivo se realicen los descuentos de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por disponerlo así los artículos 157 y 203 de la Ley 100 de 1993, 26 del Decreto 806 de 1998 y 2° del Decreto 4248 de 2007, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – *como la sentencia SL 7061-2016 de mayo 18 de 2016*.

En lo que respecta a la prescripción la misma no se configuró en los términos de los artículos 6° y 151 del CPTSS y 94 del CGP. En efecto, la Resolución No. SUB 159051 de 2019, que negó la pensión de vejez, le fue notificada al actor el **5 de julio de 2019** (fl. 4). En ese sentido, es palpable que no transcurrieron tres años desde entonces y hasta la presentación de la demanda cinco días después, el **10 de julio de 2019** (fl. 1°). Además, como el auto admisorio de la demanda fue notificado a la pasiva dentro del año siguiente a su publicación por estados (fls. 27 y 30), es evidente que la prescripción fue interrumpida oportunamente.

Frente a las costas basta decir que por ser Colpensiones la parte vencida en el proceso debe pagarlas, como dispone el artículo 365 del CGP, aplicable por remisión del 145 del CPTSS. No tiene asidero la excepción denominada imposibilidad de condena en costas porque se funda en disposiciones impertinentes, en normas del procedimiento de lo contencioso administrativo con las cuales no hay analogía a la luz del

1

AÑO	PENSIÓN	MESADAS POR AÑO	PENSIÓN ANUAL
2019	\$828.116	10,8	\$8.943.653
2020	\$877.803	10	\$8.778.030
		TOTAL	\$17.721.683

referido artículo 145 de la regulación adjetiva de la especialidad laboral y de la seguridad social.

Recurso de apelación

La pasiva ataca a la sentencia en lo referente a los intereses moratorios, discutiendo que hasta la data no ha existido mora en el pago de las mesadas pensionales y en todo caso, la negativa de reconocimiento de las otorgadas vía judiciales, cuenta con justificación legal, cual es, la incompatibilidad de la pensión de jubilación de que goza el actor, con la de vejez pretendida ante el RPM.

Sobre el particular hay que atenerse al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Como se observa, la disposición no alude expresamente al retardo en el reconocimiento de la pensión o de mesadas, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia lo ha incluido haciendo una interpretación extensiva del artículo, verbigracia en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de septiembre 7 de 2016 (SL13.670-2016), posición que ha sido reiterada, lo que pone en claro que, de acuerdo a la jurisprudencia, **también se causan intereses de mora si el no pago de mesadas obedece a que dentro del plazo previsto en la ley para el otorgamiento de la pensión la administradora no reconoce la prestación económica** al peticionario que radicó la correspondiente documentación que acredita su derecho.

Desde esa perspectiva no resulta viable el argumento del apelante fundado a la literalidad del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 habida consideración que con apego a la jurisprudencia indicada Colpensiones sí adeuda intereses de mora al actor por no haber reconocido y pagado las mesadas causadas desde el 7 de marzo de 2019 y a la data, a más tardar el 3 de agosto de 2019, esto es, dentro de los 4 meses siguientes a la reclamación de la pensión de invalidez, plazo previsto en el artículo 19 del Decreto 656 de 1994. Tampoco en lo relativo a la incompatibilidad de las prestaciones, pues con base en el derrotero fáctico, jurídico y jurisprudencial referido, es evidente que la tesis en que se funda la resolución nugatoria del derecho pensional, carece de justificación.

A propósito, se advierte que aun cuando no se comparte la intelección efectuada por el juez *A Quo* sobre la data de causación de los réditos, pues del contenido de los artículos 141 de la Ley 100 de 1993 y 19 del Decreto 656 de 1994, diáfano resulta que el plazo con el que cuentan las administradoras de pensiones como la pasiva, para reconocer y pagar las mesadas objeto de condena, es de cuatro y no seis meses como erradamente se razonó en la providencia apelada. Sin embargo, en la medida que tal postura no fue cuestionada por la activa, tampoco será objeto de pronunciamiento, porque su modificación implica la desmejora de las condiciones procesales del apelante único, situación proscrita por la normatividad vigente.

Así las cosas y sin lugar a mayores elucubraciones, se confirmará la decisión de primera instancia, por resultar infundados los argumentos de la apelación, pues quedó demostrado que el derecho pensional del actor, causado a la luz de la Ley 797 de 2003, no es incompatible con la pensión de jubilación que percibe. Y que los intereses moratorios son

procedentes por haber negado la pasiva el pago de mesadas obviando tal circunstancia, sin fundamento legal.

Se complementará eso sí para extender la condena en concreto del retroactivo pensional hasta el 31 de octubre de 2020, y para autorizar los descuentos al sistema de seguridad social en salud.

Sin costas en esta instancia por surtirse el grado de jurisdicción de consulta.

4o. DECISIÓN

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: COMPLEMENTAR la sentencia del 10 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, extendiendo el monto del retroactivo causado entre el 7 de marzo de 2019 y el 31 de octubre de 2020, que asciende a **\$17.721.683**. También, en el sentido de autorizar que del retroactivo se descuenten las cotizaciones del demandante al sistema de seguridad social en salud.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Sin costas.

NOTIFÍQUESE.

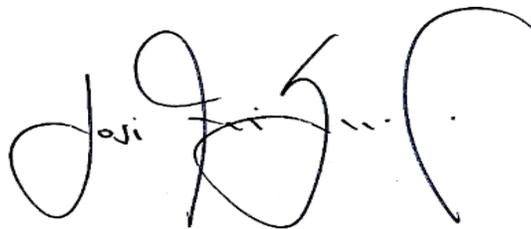
Los Magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 102, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8
a.m. Cúcuta, 04 de noviembre de 2020.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, tres (3) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas contra la sentencia del 28 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-002-2019-00323-00, promovido por **María Luisa Barrios Mora** contra la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.** y **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, surtir el grado de jurisdicción de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue apelado por ésta.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (Fls. 23-40): Depreca la activa se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS y su reactivación en el RPM, por haber mediado vicios en su consentimiento, pues dicho acto tuvo lugar sin el cumplimiento del requisito de información. En consecuencia, solicita que se condene a Protección a trasladar el saldo de su cuenta individual al RPM y a Colpensiones a recibir los valores transferidos. Subsidiariamente, depreca el reconocimiento a cargo de Protección y/o Porvenir S.A., de la pensión de vejez o la diferencia que arroje la mesada otorgada en el RAIS y la calculada conforme los parámetros legales que gobiernan el RPM. Esto, a título de indemnización por perjuicios ocasionados.

Resaltó que el 1° de diciembre de 1998 se vinculó a Porvenir S.A mediando error en su consentimiento, pues dicho acto tuvo lugar sin el cumplimiento del requisito de información; al igual que su posterior traslado a Protección, el 1° de agosto de 1999. Muestra de ello dice, es que solo hasta octubre de 2018 y en ejercicio del derecho de petición, esta última administradora del RAIS le entregó la proyección de su mesada por un valor de \$830.000. Dice que efectuadas las liquidaciones conforme al RPM su prestación sería de \$3.046.713. Alude que solicitó a Colpensiones la nulidad pretendida sin éxito alguno.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: Colpensiones se opuso a las pretensiones (fls. 53-62). Argumentó que la actora se afilió al régimen de ahorro individual de forma voluntaria y, se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse de régimen establecida en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en la medida en que, está a menos de diez años

para pensionarse. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación pretendida, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Protección S.A también se opuso a la pedido (fls. 115 a 126). Señaló que la demandante de manera libre y voluntaria suscribió la vinculación al RAIS en 1999 con el pleno conocimiento y suficiente ilustración, sin que la simple inconformidad con el régimen seleccionado de lugar a la ineficacia del traslado que se pretende. Formuló como excepciones inexistencia de la obligación, prescripción, 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 e innominada.

Porvenir S.A. igualmente resistió las súplicas (fl. 161-170). Adujo que la demandante no señaló ni demostró cuál fue el error en el que se incurrió para poder determinar si hay lugar a la anulación de su consentimiento, máxime cuando obra formulario de vinculación suscrito por aquélla en 1998, bajo la gravedad del juramento en donde deja constancia que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la ocurrencia de cualquier vicio de la voluntad. Máxime, cuando en forma posterior hubo traslado entre administradoras del RAIS, lo que evidencia que decidió permanecer en este régimen. Propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en

la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el 28 de julio de 2020, resolvió declarar la ineficacia de las afiliaciones al régimen de ahorro individual que la accionante surtió primeramente con el fondo de pensiones Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., y luego ante Protección. Condenó a éste último fondo privado a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento alguno. Del mismo modo ordenó a Colpensiones que una vez cumplido lo anterior, acepte el traslado de la accionante del RAIS al régimen que ésta administra. Gravó en costas a las demandadas.

Consideró como premisas la obligación que tienen los fondos de pensiones de proporcionar a los posibles usuarios y afiliados una información completa clara, oportuna y comprensible la cual es exigible desde la creación de la ley 100 de 1993. Dice que verificado el acervo probatorio Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A. ni Protección, cumplieron con esa carga, pues, no obra en el plenario prueba alguna de la correcta y completa asesoría dada a la demandante, ni siquiera documental que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y, mucho menos de sus desventajas.

RECURSOS DE APELACIÓN: Las administradoras del RAIS, Porvenir S.A. y Protección aspiran a que se revoque la decisión. Coinciden en que las disposiciones legales vigentes a la fecha del traslado de la actora, tales como el estatuto financiero y el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 si bien establecieron la obligación en cabeza de los fondos de pensiones de suministrar información que diera elementos de juicio claros y objetivos para tomar la decisión de traslado, dichas disposiciones no señalaron que tal información debiera otorgarse de una forma en particular; de modo que resulta suficiente el formulario de afiliación o traslado que suscribió la demandante, que da cuenta de la información que de forma verbal se le brindó por el respectivo asesor, luego, aducen que no es cierto que se haya omitido dar una información suficiente para que aquella tomara la decisión de traslado. Aseguran que como están estructurados los regímenes pensionales en la ley 100 de 1993, resulta imposible que en los años 1998 y 1999, cuando la actora estaba comenzado a construir su pensión, se pudiese hacer una proyección de cómo sería la prestación económica y si iba a ser mejor o no en un régimen que en otro. En relación con la devolución de sumas adicionales, dentro de las que se encuentran los gastos de administración, refieren que, si bien es cierto ingresan al patrimonio del fondo de cesantías, ellos son para remunerar y cubrir los costos y gastos, que esa producción de rentabilidad, que también se ordena trasladar a Colpensiones, incurrió el fondo para lograrla, eso compaginado con lo señalado en el artículo 964 del Código Civil, que prevé que en toda restitución de frutos se abonará a quien la hace, los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos, que para el caso en concreto son los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión

mínima y el seguro previsional. Así las cosas, concluyen que en virtud a la ineficacia del traslado declarada, lo único procedente es la devolución de los aportes de la cuenta individual.

Colpensiones aspira a que se revoque la decisión. Manifestó que el traslado pretendido no es viable, en la medida en que, a la actora le faltan menos de diez años para adquirir el derecho pensional. Situación que legalmente impide la aludida mudanza. Depreca igualmente se le exonere de la condena en costas, debido a que no tiene responsabilidad frente a las peticiones de la actora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: María Luisa Barrios Mora, se ratificó en lo propuesto en el líbello introductor, solicitando mantener incólume el fallo apelado.

Colpensiones alega que la declaratoria de ineficacia de traslado no resulta procedente, dado que a la fecha, el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad goza de plena validez en tanto 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 el artículo 48 de la ley 1328 del 2009 que modificó los literales c) y d) del artículo 60 de la ley 100 de 1993. Refiere que el Instituto de Seguros Social I.S.S. hoy administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, ha actuado con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones, sin incurrir en abusos de su parte o maniobras engañosas, de modo que no resulta dable que en el caso de marras se le imponga condena en costas.

La Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. insiste en que brindó a la actora la información requerida a efectos de materializar el traslado entre regímenes y que prueba de ello, es la suscripción del formulario respectivo, tal como lo estipulaba el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Por tanto, carecen de fundamento jurídico las aspiraciones del extremo activo de la relación procesal.

La AFP Protección, pese a que se les corrió el respectivo traslado para alegar en esta instancia, guardó silencio.

3o. CONSIDERACIONES

Atendiendo las apelaciones y la finalidad del grado de jurisdicción de consulta en favor de Colpensiones, los problemas jurídicos consisten en determinar: **1º** Si puede darse ineficacia por vicio en el consentimiento en los traslados del RAIS al RPM. **2º** Si el traslado de régimen pensional de la demandante fue una decisión fundada en una deficiente y errada asesoría por parte de la administradora de pensiones del RAIS, y quien tiene la carga de probarlo. **3º** Si luego de declarada la ineficacia del traslado al RAIS, las actora se encuentra vinculada sin solución de continuidad a Colpensiones, y en consecuencia esta entidad debe recibir los dineros de la cuenta de ahorro individual por parte de Protección. **4º** Si la acción para deprecar la ineficacia está sometida a prescripción alguna. Y **5º** si está o no ajustada a derecho la condena en costas a cargo de a Colpensiones.

De la ineficacia del traslado.

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, una de las características del sistema general de pensiones es la **selección libre y**

voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados. Por eso, cuando de traslados del RPM al RAIS se trata, para que esa determinación contenga las condiciones de la disposición referida, es decir, para poder predicar la libertad y voluntariedad en ello, previamente, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencias SL1688, SL1689, SL3463 y SL4360 de 2019 de manera reiterada ha considerado que, ante el incumplimiento del deber de información de las administradoras pensionales, quienes se encuentran obligadas a suministrarla de manera clara cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, lo procedente es la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sentando como regla jurisprudencial en sus pronunciamientos, que no es un deber que opere únicamente para los afiliados que tengan un derecho consolidado, un beneficio transicional o expectativa legítima de pensionarse sino que es predicable en todos los eventos, como quiera que el deber de información se dirige como presupuesto de eficacia del acto jurídico de traslado, correspondiéndoles a aquellas acreditar que cumplieron con ese deber de suministrar información suficiente.

El tribunal de cierre como respaldo a esta regla general que creó en estas decisiones judiciales, argumentó que ese deber de información de las administradoras pensionales existe y es exigible desde la creación de la ley 100 de 1993, mismo que con el transcurrir del tiempo evolucionó para

acumular más obligaciones a cargo de las AFP. En ese orden, identificó la Corte dentro del desarrollo normativo de ese deber de información tres momentos a saber, iniciando con el que en principio encontró sustento en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 en cuanto dispuso que la escogencia del régimen pensional por parte de los trabajadores es libre y voluntaria y presupone el conocimiento a plenitud de las consecuencias de su decisión de traslado, para ello era entonces necesario que se les describieran al potencial afiliado al momento de asesorarlo, las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; de tal suerte que éste conociera las ventajas y las desventajas de cada uno, inclusive las consecuencias jurídicas del traslado.

Posteriormente con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 se estableció el deber de las administradoras pensionales de asesoría y buen consejo, elevando así el nivel de exigencia en el deber de información que, desde ese momento implicaba el estudio de los antecedentes del afiliado tales como edad, semanas de cotización ingresos bases de cotización entre otras, así como su expectativa pensional, de modo que el afiliado conociera tanto de las características objetivas de los regímenes como de su situación individual, la que además debía estar acompañada de la opinión que sobre la asunto tuviere el representante de la administradora, lo que comportaba un asesoramiento de las personas expertas en la materia que le permitieran al trabajador tomar una decisión responsable.

Como tercer momento, se tiene que mediante la Ley 1749 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la circular externa No. 16 de 2016 de la Superfinanciera se reglamentó el derecho del afiliado a obtener información

de parte de los asesores de ambos regímenes como condición previa para la procedencia de traslado entre los mismos. Se implementó entonces la denominada doble asesoría que le permitiera formar su juicio imparcial y objetivo sobre características, debilidades, condiciones y ejemplos jurídicos de cada uno de los regímenes pensionales.

Finalmente la Sala de Casación Laboral aclaró en esos pronunciamientos, que el simple consentimiento vertido en los formatos del traslado de régimen pre impresos por las administradoras pensionales no daban por demostrado el deber de información frente al afiliado, pues si bien acreditaban un consentimiento, lo cierto que no probaban que este hubiere sido informado.

En ese orden, 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.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso en concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de las AFP Porvenir S.A. y Protección; pues argumenta la demandante que se omitió información a la hora de trasladarse. Atendiendo entonces, la carga de la prueba mencionada, se hace necesario verificar si el consentimiento que dio María Luisa Barrios Mora para hacer efectivo el traslado de régimen pensional fue consentido e informado es decir, si las AFP codemandas cumplieron con su deber legal de información atendiendo el precedente judicial expuesto por la alta corporación en la especialidad y de acuerdo con el momento histórico en el que debía cumplirse.

Acreditado entonces se tiene que la actora suscribió un formulario de afiliación a Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., el 16 de septiembre de 1998 (fl. 142); y el 1° de agosto de 1999 otro documento de igual naturaleza ante Protección (fl. 28). Espacios temporales en los que conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias mencionadas, le correspondía a la AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En ese orden y ante la afirmación del extremo actor de que ninguna de las AFP encartadas le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a éstas desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dieron cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron a la

accionante sopesara la conveniencia o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

Sin embargo, ninguna probanza en tal sentido se arrimó, más allá de los mismos formularios de afiliación, que en todo caso a nada conducen para ese propósito, pues el que en ambos se hubiere insertado al lado de la rúbrica de María Luisa Barrios Mora la anotación: “*hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones(...)*”, tal y como lo señala la alta corporación, si bien denota un consentimiento, no se verifica con ello que hubiese sido informado.

No asumieron entonces las AFP la carga de desvirtuar, como les correspondía, los hechos aducidos por la demandante como sustento de su pretensión, demostrando lo contrario, esto es que cumplió con su deber de información, pues no bastaba con señalar en las contestaciones dadas a la escrito introductor de demanda, que sí brindaron asesoría en donde le explicaron en concreto, características, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en tanto principio elemental de derecho probatorio enseña que afirmar no es probar, de modo que debieron haber desplegado un importante esfuerzo probatorio para demostrar las aseveraciones que en tal sentido efectuó.

En conclusión las citadas AFP se sustrajeron al momento de suscribirse los formularios de traslado y en perjuicio de la demandante, de suministrar información relevante con la finalidad de promover su cambio de régimen, es decir faltaron a los deberes de ilustrar sus características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de ellos, de manera que no se puede predicar

que existió una decisión informada precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, siendo que ello es un presupuesto de eficacia jurídica de tal acto. Suficiente lo expuesto para confirmar la decisión del *A-Quo* en lo que refiere a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del Régimen de prima media al RAIS.

En este contexto, y frente a la afirmación de Porvenir S.A de que no se encuentra probada la lesión o perjuicio a la accionante por la insuficiencia de la información que impida el acceso al derecho pensional, citando para el efecto la sentencia SL 19447 de 2017, en donde se señaló que existirá ineficacia de la afiliación cuando “*la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado impidiéndole su acceso al derecho*”, resulta menester indicarle que la regla jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, tal y como ya se ilustró, enseña que no se requiere demostrar que el acto de traslado causó un perjuicio, verbigracia por tener un derecho consolidado, un beneficio transicional o expectativa legítima de pensionarse, dado que lo que se analiza es el deber de información, el cual opera para todos los afiliados, en tanto ello se dirige como presupuesto de eficacia del acto jurídico de traslado.

Se colige así, que al determinarse que como el acto jurídico de traslado de régimen es ineficaz por no cumplir en su momento Porvenir S.A. ni en su oportunidad Protección, con el deber de información, deberá ésta como última administradora del RAIS que cuenta con los aportes de María Luisa Barrios Mora, devolver 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 y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, como lo dispone el artículo 1746 del C.C..

Véase que en lo que refiere a los gastos de administración, seguro previsional y los frutos, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, 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 : *“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...”*

Y, como la irregularidad en el acto objeto de debate, se itera fue por conducta indebida de las administradoras privadas, éstas también deben asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del

artículo 963 del C.C. Siendo claro así, que no tiene asidero la afirmación de la apelante quien indica que no se dan los presupuestos para que opere la restitución mutua del código civil.

Ahora, en cuanto a la prescripción de la acción para deprecar la ineficacia del traslado, debe precisarse que al tratarse 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. Así lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias SL 1689-2019 y SL1421-2019, *“la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).”*, de modo que no resulta acertada la acotación que efectúa Porvenir S.A. en cuanto a que tal acto de traslado no tiene injerencia alguna en el derecho pensional de los afiliados.

Finalmente, y en lo que refiere a la imposición de costas debe indicarse que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión normativa que permite el CPTSS, establece un criterio objetivo sobre aquellas, el cuál es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto fueron vencidas las entidades demandadas, valga decir Porvenir S.A., Protección y Colpensiones, a cargo de cada una de estas

deberá imponerse las costas de primera instancia, máxime cuando elevaron oposición a las pretensiones de la demanda.

En síntesis, como la acción para deprecar la ineficacia del traslado no está sometida a prescripción y no se encontró que el cambio de sistema pensional se hubiere celebrado con el cumplimiento del deber de información, deberá confirmarse la sentencia apelada.

Por último, conforme al aludido artículo 365 del C.G.P, se condenará en costas a Colpensiones, Porvenir S.A. y a Protección, por cuanto su apelación no salió avante. Se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una \$200.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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,

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 28 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: CONDENAR en costar Colpensiones, Porvenir S.A. y a Protección. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada la suma de \$200.000 a cargo de cada una de ellas. Líquidense de manera concentrada por el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belen Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 102, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 04 de noviembre de 2020.



Secretario

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, tres (3) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas contra la sentencia del 27 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-002-2019-00374-00 promovido por **Martha Cecilia Rojas de Casadiego** contra la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, el grado de jurisdicción de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue apelado por ésta.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (Fls. 35-48): Depreca la actora se decrete la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad

(RAIS) y en consecuencia se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones.

Adujo para ello: **1) Que** se afilió a la administradora Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., el 10 de junio de 1999 por intermedio de una asesora de esa entidad que la convenció de trasladarse de régimen pensional sin brindarle asesoría alguna sobre los riesgos y consecuencias que acarrearía el cambio y **2) Que** solicitó a Colpensiones la nulidad pretendida sin éxito alguno.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: COLPENSIONES se opuso a las pretensiones (Fls. 61-71). Argumentó que la actora se afilió al régimen de ahorro individual de forma voluntaria y, se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse de régimen establecida en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en la medida en que, está a menos de diez años para pensionarse. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación.

PORVENIR S.A. (Fls. 139-147) también se resistió a las súplicas. Adujo que la demandante no señaló ni demostró cuál fue el error en el que se incurrió para poder determinar si hay lugar a la anulación de su consentimiento, máxime cuando obra formulario de vinculación o traslado suscrito por aquella bajo la gravedad del juramento en donde deja constancia que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la ocurrencia de cualquier

vicio de la voluntad. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

Por último, el Ministerio Público (fls. 85-87), efectuó un derrotero jurisprudencial aplicable al caso bajo estudio y solicitó al sentenciador de la instancia, tenerlo en cuenta al momento de emitir decisión de fondo. No petición ni excepción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el 27 de julio de 2020, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual que la accionante surtió con el fondo de pensiones Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A. Condenó al fondo privado a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento alguno. Del mismo modo ordenó a la administradora del RPM que una vez cumplido lo anterior, acepte el traslado de la accionante del RAIS al régimen que ésta administra. Gravó en costas a las encartadas.

Consideró como premisas la obligación que tienen los fondos de pensiones de proporcionar a los posibles usuarios y afiliados una información completa clara, oportuna y comprensible la cual es exigible desde la creación de la ley 100 de 1993. Dice que verificado el acervo probatorio Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., no cumplió con esa carga, pues, no obra en el plenario prueba alguna de la correcta y completa asesoría dada a la demandante, ni siquiera documental que acredite que se le haya informado

sobre los beneficios de trasladarse de régimen y, mucho menos de sus desventajas.

RECURSOS DE APELACIÓN: Porvenir S.A. aspira a que se revoque la decisión. Manifestó que las disposiciones legales vigentes a la fecha del traslado de la actora, tales como el estatuto financiero y el literal b de la ley 100 de 1993 si bien establecieron la obligación en cabeza de los fondos de pensiones de suministrar información que diera elementos de juicio claros y objetivos para tomar la decisión de traslado, dichas disposiciones no señalaron que tal información debiera otorgarse de una forma en particular; de modo que resulta suficiente el formulario de afiliación o traslado que suscribió la demandante, que da cuenta de la información que de forma verbal se le brindó por el respectivo asesor, luego, aduce que no es cierto que se haya omitido dar una información suficiente para que aquella tomara la decisión de traslado. Dijo que como están estructurados los regímenes pensionales en la ley 100 de 1993, resulta imposible que en el año de 1996, cuando la actora estaba comenzado a construir su pensión, se pudiese hacer una proyección de cómo sería la prestación económica y si iba a ser mejor o no en un régimen que en otro. En relación con la devolución de sumas adicionales, dentro de las que se encuentran los gastos de administración, refiere que, si bien es cierto ingresan al patrimonio del fondo de cesantías, ellos son para remunerar y cubrir los costos y gastos, que esa producción de rentabilidad, que también se ordena trasladar a Colpensiones, incurrió el fondo para lograrla, eso compaginado con lo señalado en el artículo 964 del Código Civil, que prevé que en toda restitución de frutos se abonará a quien la hace, los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos, que para el

caso en concreto son los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y el seguro previsional. Así las cosas, concluye que en virtud a la ineficacia del traslado declarada, lo único procedente es la devolución de los aportes de la cuenta individual.

Finalmente señaló que la acción para deprecar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita, pues propiamente no se está haciendo alusión al derecho a la pensión, como lo interpretó el *A Quo*, sino a la acción de solicitar tal ineficacia.

Colpensiones también busca dejar sin efectos la sentencia. Manifestó que el traslado pretendido no es viable, en la medida en que, a la actora le hacen falta menos de diez años para adquirir el derecho pensional. Situación que legalmente impide el aludido traslado. En cuanto a la condena en costas, debido a que no tiene responsabilidad frente a las peticiones de la actora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Colpensiones alega que la declaratoria de ineficacia de traslado no resulta procedente, dado que a la fecha, el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad goza de plena validez en tanto 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 el artículo 48 de la ley 1328 del 2009 que modificó los literales c) y d) del artículo 60 de la ley 100 de 1993. Refiere que el Instituto de Seguros Social I.S.S. hoy administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, ha actuado con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones, sin incurrir en abusos de su parte o

maniobras engañosas, de modo que no resulta dable que en el caso de marras se le imponga condena en costas.

La Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. insiste en que brindó a la actora la información requerida a efectos de materializar el traslado entre regímenes y que prueba de ello, es la suscripción del formulario respectivo, tal como lo estipulaba el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Por tanto, carecen de fundamento jurídico las aspiraciones del extremo activo de la relación procesal.

La actora, pese a que se les corrió el respectivo traslado para alegar en esta instancia, guardó silencio.

3o. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta las apelaciones y la finalidad del grado de jurisdicción de consulta en favor de Colpensiones, los asuntos a resolver se contraen en determinar si el acto de traslado que realizó Martha Cecilia Rojas de Casadiego al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A., adolece o no de consentimiento informado de aquella y en ese orden deberá establecerse si resulta dable o no que la encartada restituya lo descontado por concepto de gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y el seguro previsional. Del mismo modo si hay lugar o no a condenar en costas de la acción a Colpensiones.

De la ineficacia del traslado.

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, una de las características del sistema general de pensiones es la **selección libre y voluntaria** del régimen pensional por parte de los afiliados. Por eso, cuando de traslados del RPM al RAIS se trata, para que esa determinación contenga las condiciones de la disposición referida, es decir, para poder predicar la libertad y voluntariedad en ello, previamente, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencias SL1688, SL1689, SL3463 y SL4360 de 2019 de manera reiterada ha considerado que, ante el incumplimiento del deber de información de las administradoras pensionales, quienes se encuentran obligadas a suministrarla de manera clara cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, lo procedente es la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sentando como regla jurisprudencial en sus pronunciamientos, que no es un deber que opere únicamente para los afiliados que tengan un derecho consolidado, un beneficio transicional o expectativa legítima de pensionarse sino que es predicable en todos los eventos, como quiera que el deber de información se dirige como presupuesto de eficacia del acto jurídico de traslado, correspondiéndoles a aquellas acreditar que cumplieron con ese deber de suministrar información suficiente.

El tribunal de cierre como respaldo a esta regla general que creo en estas decisiones judiciales, argumentó que ese deber de información de las

administradoras pensionales existe y es exigible desde la creación de la ley 100 de 1993, mismo que con el transcurrir del tiempo evolucionó para acumular más obligaciones a cargo de las AFP. En ese orden, identificó la Corte dentro del desarrollo normativo de ese deber de información tres momentos a saber, iniciando con el que en principio encontró sustento en el literal b del Art. 13 de la ley 100 de 1993 en cuanto dispuso que la escogencia del régimen pensional por parte de los trabajadores es libre y voluntaria y presuponía el conocimiento a plenitud de las consecuencias de su decisión de traslado, para ello era entonces necesario que se les describieran al potencial afiliado al momento de asesorarlo, las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; de tal suerte que éste conociera las ventajas y las desventajas de cada uno, inclusive las consecuencias jurídicas del traslado.

Posteriormente con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 se estableció el deber de las administradoras pensionales de asesoría y buen consejo, elevando así el nivel de exigencia en el deber de información que, desde ese momento implicaba el estudio de los antecedentes del afiliado tales como edad, semanas de cotización ingresos bases de cotización entre otras, así como su expectativa pensional, de modo que el afiliado conociera tanto de las características objetivas de los regímenes como de su situación individual, la que además debía estar acompañada de la opinión que sobre la asunto tuviere el representante de la administradora, lo que comportaba un asesoramiento de las personas expertas en la materia que le permitieran al trabajador tomar una decisión responsable.

Como tercer momento, se tiene que mediante la Ley 1749 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la circular externa No. 16 de 2016 de la Superfinanciera se reglamentó el derecho del afiliado a obtener información de parte de los asesores de ambos regímenes como condición previa para la procedencia de traslado entre los mismos. Se implementó entonces la denominada doble asesoría que le permitiera formar su juicio imparcial y objetivo sobre características, debilidades, condiciones y ejemplos jurídicos de cada uno de los regímenes pensionales.

Finalmente la Sala de Casación Laboral aclaró en esos pronunciamientos, que el simple consentimiento vertido en los formatos del traslado de régimen pre impresos por las administradoras pensionales no daban por demostrado el deber de información frente al afiliado, pues si bien acreditaban un consentimiento, lo cierto que no probaban que este hubiere sido informado.

En ese orden, 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.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso en 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 AFP Porvenir S.A.; pues argumenta la demandante que se omitió información a la hora de trasladarse. Atendiendo entonces, la carga de la prueba mencionada, se hace necesario verificar si el consentimiento que dio Martha Cecilia Rojas Casadiego para hacer efectivo el traslado de régimen pensional fue consentido e informado es decir, si la AFP demanda cumplió con su deber legal de información atendiendo el precedente judicial expuesto por la alta corporación en la especialidad y de acuerdo con el momento histórico en el que debía cumplirse.

Acreditado entonces se tiene que la actora suscribió un formulario de afiliación a Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., el 10 de junio de 1999 –fls. 10 y 107-, momento para el cual y conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias mencionadas, le correspondía a la AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; en ese orden y ante la afirmación del extremo actor de que la hoy AFP Porvenir S.A., no le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a esta desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dio

cumplimiento a esta obligación y que permitió a la accionante sopesara la conveniencia o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

No obstante, ninguna probanza en tal sentido se arrimó, más allá del mismo formulario de afiliación, que en todo caso a nada conduce para ese propósito, pues el que se hubiere insertado al lado de la rúbrica de Martha Cecilia Rojas de Casadiego la anotación: “*hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones(...)*”, tal y como lo señala la alta corporación, si bien denota un consentimiento, no se verifica con ello que hubiese sido informado.

No asumió entonces la AFP la carga de desvirtuar, como le correspondía, los hechos aducidos por la demandante como sustento de su pretensión, demostrando lo contrario, esto es que cumplió con su deber de información, pues no bastaba con que señalare en su contestación de demanda que si brindó asesoría en donde le explicaron en concreto, características, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en tanto principio elemental de derecho probatorio enseña que afirmar no es probar, de modo que debió haber desplegado un importante esfuerzo probatorio para demostrar las aseveraciones que en tal sentido efectuó.

En conclusión la AFP se sustrajo al momento de suscribirse el formulario de traslado y en perjuicio de la demandante, de suministrar información relevante con la finalidad de promover su cambio de régimen, es decir faltó a sus deberes de ilustrar sus características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de ellos, de manera que no se puede predicar que existió una

decisión informada precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, siendo que ella es un presupuesto de eficacia jurídica de tal acto. Suficiente lo expuesto para confirmar la decisión del *A-Quo* en lo que refiere a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del Régimen de prima media al RAIS.

En este contexto, y frente a la afirmación de Porvenir S.A de que no se encuentra probada la lesión o perjuicio a la accionante por la insuficiencia de la información que impida el acceso al derecho pensional, citando para el efecto la sentencia SL 19447 de 2017, en donde se señaló que existirá ineficacia de la afiliación cuando “*la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado impidiéndole su acceso al derecho*”, resulta menester indicarle que la regla jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, tal y como ya se ilustró, enseña que no se requiere demostrar que el acto de traslado causó un perjuicio, verbigracia por tener un derecho consolidado, un beneficio transicional o expectativa legítima de pensionarse, dado que lo que se analiza es el deber de información, el cual opera para todos los afiliados, en tanto ello se dirige como presupuesto de eficacia del acto jurídico de traslado.

Se colige así, que al determinarse que como el acto jurídico de traslado de régimen es ineficaz por no cumplir Porvenir S.A con el deber de información, deberá devolver 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 y los gastos

de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, como lo dispone el artículo 1746 del C.C..

Véase que en lo que refiere a los gastos de administración, seguro previsional y los frutos, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, 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: *“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...”*

Y, como la irregularidad en el acto objeto de debate, se itera, fue por conducta indebida de la administradora privada ésta también, debe asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del

C.C. Siendo claro así, que no tiene asidero la afirmación de la apelante quien indica que no se dan los presupuestos para que opere la restitución mutua del código civil.

Ahora, en cuanto a la prescripción de la acción para deprecar la ineficacia del traslado, debe precisarse que al tratarse 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. Así lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias SL 1689-2019 y SL1421-2019, *“la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).”*, de modo que no resulta acertada la acotación que efectúa Porvenir S.A. en cuanto a que tal acto de traslado no tiene injerencia alguna en el derecho pensional de los afiliados.

Finalmente, y en lo que refiere a la imposición de costas debe indicarse que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión normativa que permite el CPTSS, establece un criterio objetivo sobre aquellas, el cuál es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto fueron vencidas las entidades demandadas, valga decir Porvenir S.A., y Colpensiones, a cargo de cada una de estas deberá

imponerse las costas de primera instancia, máxime cuando elevaron oposición a las pretensiones de la demanda.

En síntesis, como la acción para deprecar la ineficacia del traslado no está sometida a prescripción y no se encontró que el cambio de sistema pensional se hubiere celebrado con el cumplimiento del deber de información, deberá confirmarse la sentencia apelada.

Por último, atendiendo al aludido artículo 365 del CGP, se condenará en costas a Colpensiones y a Porvenir S. A por cuanto su apelación no salió avante. Se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una \$200.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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,

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 27 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: CONDENAR en costar Colpensiones y Porvenir S.A. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada la suma de \$200.000 a cargo de cada una de ellas. Líquidense de manera concentrada por el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belen Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 102, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 04 de noviembre de 2020.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, tres (3) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se surte el grado de jurisdicción de consulta de la sentencia del 20 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-003-2019-00189-00, promovido por **Omaira Hernández Vargas** contra **Usama Mustafa Vidales**.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 1 a 9): Depreca la accionante se declare, que existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo con el convocado a juicio, en su calidad de propietario de los establecimientos de comercio *Señal x.com*, *Almacén Siga*, *Genetic*, *Groggy*, *Americanino Ventura*, *No Name* y, *Show Room Expressive*, desde el 15 de junio de 1998 hasta el 30 de noviembre de 2016. Como consecuencia de ello, sea condenado al pago de prestaciones sociales causadas, tales como auxilio de cesantías, intereses a éstas, prima de servicios, vacaciones compensadas en dinero, horas extras, calzado y vestido de labor, y aportes a la seguridad social en salud, pensiones y parafiscales. Sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y por no pago de intereses a las cesantías. Indemnización moratoria de que

trata el artículo 65 del CST, e indemnización por despido sin justa causa; indexación de las condenas, más las costas y agencias en derecho.

Adujo para ello: **1) Que** durante los extremos temporales referenciados, laboró al servicio del demandado en los distintos establecimientos comerciales de su propiedad, desempeñando como último cargo el de asistente o secretaria privada, atendiendo órdenes de su empleador. Esto, en virtud del contrato de trabajo celebrado en forma verbal y a término indefinido. **2) Que** la labor ejercida fue de manera personal, desarrollada de lunes a sábados en el horario comprendido entre las 8:00 am a 1:00 pm y de 2:00 pm a 7:00 pm, y los domingos y festivos, de 9:00 am a 2:00 pm. **3) Que** como contraprestación del servicio devengaba 1 SMLMV más auxilio de transporte. **4) Que** el 30 de noviembre de 2016 se dio por terminado el contrato de manera verbal, unilateral y sin justa causa. **5) Que** no le han pagado el salario del último mes ni la liquidación de las prestaciones sociales. **6) Que** el convocado a juicio no lo afilió al sistema general de seguridad social integral. Menos, canceló aportes parafiscales; tampoco le suministró la dotación correspondiente.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA: Pese a hallarse debidamente notificado (fl. 28), el demandado omitió pronunciamiento sobre las circunstancias fácticas contenidas en el escrito introductor.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, el 20 de febrero de 2020, absolvió a la pasiva de todas las pretensiones, y se abstuvo de imponer costas a cargo de la actora.

Para arribar a tal decisión se apoyó en los artículos 167 del C.G.P y 23 del C.S.T, y en la jurisprudencia. Consideró que la demandante no cumplió con la carga procesal que le asistía, relacionada con la acreditación de la prestación personal del servicio, por lo que no surgió en su favor la presunción de que trata el artículo 24 ibídem.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: No fueron presentados por ninguno de los sujetos procesales, pese a que se corrió el traslado respectivo.

3o. CONSIDERACIONES

En consonancia con el objetivo del grado de jurisdicción de consulta, el problema jurídico consiste en determinar si se encuentran acreditados los elementos del contrato de trabajo, conforme los dispone el artículo 23 del C.S.T. En consecuencia, si hay lugar o no al pago de las prestaciones e indemnizaciones deprecadas a cargo del accionado.

Para la resolución, es menester partir del artículo 53 de la Constitución Política, el cual consagra el principio de *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*. Formulación protectora del trabajador que, en esencia, hace prevalecer siempre los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos formales. Dicho de otra manera: interesa es lo que sucede en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido.

Este principio encuentra complemento en el artículo 24 del CST que reza: *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*. Significa esto, que **probada la prestación personal del servicio** se tiene por cierta la existencia del contrato de trabajo. Presunción legal que admite prueba en contrario, esto es, que se desvirtúe la continuada subordinación o dependencia del trabajador y/o el carácter remunerado del servicio. En este sentido ha sido reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, verbigracia en sentencia de julio 10 de 2012 radicación 39.249.

En hilo de lo anterior, al advertirse de entrada que las únicas pruebas adosadas al plenario, son nueve certificados de registro de matrícula mercantil del convocado a juicio en su calidad de personal natural comerciante (fls. 12 a 25). Ninguna conclusión diferente a la que arribó la Juez *A Quo* se puede dictar en esta instancia, en tanto fluye claro que la demandante omitió, siendo su deber legal y procesal en los términos del artículo 167 del CGP, acreditar la prestación personal del servicio

aseverado en el escrito de demanda, lo que pudo haber hecho presentando a la audiencia de trámite respectiva, elementos de convicción que dieran cuenta de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el supuesto contrato de trabajo. Valga precisar que aun cuando en diligencia celebrada el 18 de noviembre de 2019, entre las pruebas decretadas a favor de la activa se incluyeron las declaraciones de Juan Camilo Flórez Rodríguez, Yamile Méndez Ibarra y Maricela VARGAS (fls. 32 a 35), los mismos no fueron recepcionados por negligencia del extremo activo de la relación procesal. Con el agravante de que el interrogatorio de parte al demandado, tampoco fue practicado por inasistencia (fls. 39 a 41).

De modo que ante la falta de acreditación de la prestación personal de sus servicios a favor de la encartada, no resulta dable dar aplicación a la presunción de la existencia del contrato de trabajo del artículo 24 del CST, y por ende trasladarle la carga de la prueba para desvirtuar la naturaleza de la misma, máxime cuando no fueron arrimados en término, más medios probatorios que los referenciados.

Por fuerza de lo dicho y sin lugar a mayores elucubraciones, se confirmará la decisión de primer grado, en tanto tuvo por no acreditada la existencia del contrato de trabajo y en tal línea, se abstuvo de conceder las súplicas.

Sin costas en esta instancia por surtirse el grado de jurisdicción de consulta.

4o. DECISIÓN

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 20 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta **Segundo:** Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE.

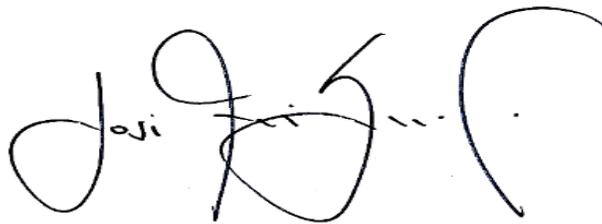
Los magistrados,



ELVER NARANJO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 102, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 04 de noviembre de 2020.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, tres (03) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 29 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña Norte de Santander, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54 498 31 05 001 2018 00118 00, promovido por **Jorge Leonardo Ballesteros Franco, Albert Javier Sanjuan Rojas, Carmen Antonio Carrascal Quintero, David Julio Lidueñez, Decil Antonio Sánchez Bohórquez, Diomar Pérez Franco, Jesús Antonio Muñoz Guillin, Jesús Nain Sánchez Contreras, Johan Camilo Serna Rosado, Jorge Eliecer Gómez Jiménez, Nelson Pallares, Yeison Enrique Sánchez Rojas, Yimy Aleicer Serna Rosado y Nevardo Ramírez** contra **Ingeniería 2000 S.A.S. y Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP. -CENS-**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (Fls 1-11) Deprecan los actores, se declare que cada uno de ellos celebró con la empresa Ingeniería 2000 S.A.S., un contrato de trabajo a término

indefinido. En consecuencia solicitan se condene a su empleador así como solidariamente a Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP. -CENS- al pago de la indemnización por despido injusto, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones del año 2017 en los términos y montos señalados en la demanda; de igual forma al pago de la sanción contemplada en el artículo 65 del CST.

Señalaron para ello: **1) Que** en el 2015 CENS S.A. ESP e Ingeniería 2000 LTDA., hoy S.A.S., celebraron contrato N° CT 2015-000046 para la “*ejecución de las actividades de mantenimiento en el sistema de distribución y energía eléctrica en el área de influencia de CENS, Zona 2 Regional Ocaña y Aguachica*”; **2) Que** Ingeniería 2000 S.A.S., en el marco de ese convenio contractual celebró con ellos, contratos de trabajo individuales a término indefinido; mismo que finalizó a Carmen Antonio Carrascal Quintero, David Julio Lidueñez, Nelson Pallares y Nevardo Ramírez sin una justa causa; **3) Que** Ingeniería 2000 S.A.S., no les ha cancelado la liquidación final de acreencias laborales; **4) Que** CENS S.A. ESP es solidariamente responsable de las obligaciones laborales que les adeuda su empleador en tanto la entidad fungió como contratante e interventor de la obra en la que trabajaban.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: (Fls. 260-275) Ingeniería 2000 S.A.S. se opuso a las pretensiones. Refiere que si bien adeuda a los demandados cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones lo cierto es que ello encuentra fundamento en la imposibilidad económica en la que aún se encuentra para satisfacer tales acreencias, comoquiera que la demandada en solidaridad no le canceló la totalidad de las sumas pactadas en el contrato comercial por haberse atrasado en las obras a su cargo. Esto último en razón a hechos ajenos a su voluntad como los robos de vehículos de los que fue víctima por parte de la guerrilla. Dice que los empleados Carmen Antonio Carrascal, David Lidueñez y Nelson Pallares no fueron despedidos, sino que la relación terminó dado que los

vehículos con los que tales trabajaban fueron hurtados, es decir no tenían elementos de trabajo para prestar sus servicios, de manera que no hay lugar al pago de la indemnización por despido que persiguen. Refiere que Diego Hernando Bayona, Marlon Mauricio Ayala y Ronal Sanjuan Carreño reclaman en otro proceso, el cual se adelanta ante ese mismo despacho judicial bajo el número 132 de 2018, las mismas pretensiones que aquí reclaman. Señala que las obras por ella ejecutadas a favor de CENS tenían estrecha relación con su objeto social, el cual es el mantenimiento de redes y suministro oportuno de energía eléctrica, por lo que al ser beneficiaria del trabajo cumplido por los actores, esta última entidad es la única obligada en el pago de las prestaciones que aquellos persiguen. Propuso las excepciones de: inexistencia de algunas de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, mala fe y falta de lealtad procesal por algunos de los actores, principio de solidaridad buena fe por parte de la empleadora Ingeniería 2000, principio de igualdad, enriquecimiento sin justa causa, falta de legitimación en la causa para reclamar daños y la innominada.

Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP (Fls. 115-120) también se opuso a las peticiones. Adujo que celebró contrato de prestación de servicios con Ingeniería 2000 Ltda., hoy S.A.S., cuyo objeto era la ejecución de actividades de mantenimiento en el sistema de distribución de energía eléctrica, siendo esta última la empleadora de los accionantes, sin que hubiere participado de manera directa e indirecta en la relación laboral. Refirió que no está llamada a responder solidariamente en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, por las acreencias laborales que se persiguen con esta demanda ya que las actividades contratadas con la empresa Ingeniería 2000 Ltda., no hacen parte de su objeto social ni son conexas con su actividad principal, que lo es la distribución de energía eléctrica. Señala que en gracia de discusión, de aceptarse que existe alguna responsabilidad solidaria, tampoco estaría llamada a responder por cuanto los riesgos por el no pago de acreencias laborales por parte del contratista fueron

asegurados en favor de CENS, con las compañías Seguros Generales Suramericana S.A., y/o Confianza compañía de Seguros de Fianza, estas últimas a quienes llamó en garantía (Fls. 216-220).

A través de auto del 29 de junio de 2018 (fl. 237) se aceptó el llamamiento en garantía de Seguros Generales Suramericana S.A., y Confianza compañía de Seguros de Fianza S.A., hecho por CENS S.A. ESP. La primera al dar contestación al libelo genitor se opone a las súplicas. Adujo que no le constan los hechos de la demanda. Manifestó que de acuerdo al clausulado del contrato de seguro, el valor asegurado responde a los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones laborales por parte del tomador; de manera que si fue satisfecha parcialmente la obligación que se ampara, la cuantía de la indemnización derivada de tal incumplimiento, será a su vez parcial, teniendo en cuenta además que la póliza, que tiene una cobertura de \$561.181.894, ya fue afectada conforme se dispuso en sentencia proferida por este mismo despacho el 22 de junio de 2018. Dice que en virtud a que existe otro seguro de cumplimiento en relación con el mismo amparo, el importe de indemnización a que haya lugar debe distribuirse entre los aseguradores en proporción a las cuantías de sus respectivos seguros, sin exceder la suma asegurada en cada póliza.

Por su parte Confianza-compañía de Seguros de Fianzas S.A., se opuso también a las peticiones tanto de la demanda como del llamamiento. Adujo no constarle ningún hecho del libelo introductor. Refiere que resulta improcedente la declaración de la obligación solidaria en cabeza de CENS S.A. ESP en tanto los objetos sociales de las demandadas son completamente distintos y que las actividades desarrolladas por el contratista no son desarrolladas normalmente por la entidad contratante dentro del giro ordinario de sus negocios; por manera que no podría afectarse la póliza de seguros. Señala además, que no es procedente extenderle la condena por concepto de sanciones moratorias e indemnizaciones,

en la medida en que, ello depende del elemento subjetivo de la mala fe, siendo ajena a las obligaciones deprecadas. Dice que en razón a que los contratos de trabajo de los demandantes iniciaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la póliza N° 33CU008207, no gozan de cobertura. Esgrimió como medios de defensa inexistencia de solidaridad entre garantizado y asegurado- consecuente absolución de la asegurada e inexigibilidad del contrato de seguro, ausencia de cobertura de indemnización moratoria y de cualquier otra indemnización diferente a la de despido sin justa causa, ausencia de cobertura de acreencias laborales causadas antes del inicio de la vigencia de las pólizas y la genérica. (Fls. 893-904).

Demanda de reconvención.

Ingeniería 2000 S.A.S., elevó demanda de reconvención en contra los primigenios demandantes, para que se les condene a la devolución de las sumas que recibieron de manera equivocada por concepto de subsidio de transporte en tanto, aduce, no reunían los requisitos legales para obtener su pago (Fls. 508-518).

Los demandados en reconvención se opusieron a esta pretensión. Señalaron que lo reclamado es un derecho laboral reconocido en una decisión judicial en la que el Juzgado Único de Ocaña ordenó reintegrarles unos dineros por concepto de *“recuperación de dinero en las nóminas de enero a abril de 2017 y por los auxilios de transporte que se hubiesen causado legalmente y sin embargo, hubiesen sido descontados”*, la cual se encuentra ejecutoriada y en firme con plenos efectos procesales.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña-Norte de Santander, condenó a Ingeniería 2000 S.A., al pago de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones que encontró adeudadas a los demandantes, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y la indemnización por despido sin justa causa respecto de Carmen Antonio Carrascal Quintero, David Julio Lidueñez, Nelson Pallares y Nevardo Ramírez. Declaró que CENS S.A. ESP es solidariamente responsable de tales condenas y

declaró próspero el llamamiento en garantía que se elevó en contra de Seguros Generales Suramericana S.A., y Confianza compañía de Seguros de Fianza, por lo que autorizó siniestrar las pólizas de las que es beneficiaria para cubrir las condenas, en un 37,22% y 62,77% respectivamente. Finalmente absolvió a los demandados en reconvención de las pretensiones incoadas por Ingeniería 2000 S.A.

Consideró que al haberse aceptado por la empleadora de los demandantes, esto es Ingeniería 2000 S.A.S., que se adeudaban las sumas por aquellos pretendidas, era imperativo ordenar su pago junto con la respectiva sanción moratoria en tanto su actuar omisivo no estuvo revestido de buena fe, dado que además de no asistir a las audiencias señaladas al interior del juicio, la falta de liquidez y la situación de violencia en el sector que aludió en su contestación, no excluyen la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T. Refirió que el empleador al entender que el contrato de trabajo de 4 de sus empleados finalizó de pleno derecho por haber sido hurtados los vehículos en los que aquellos prestaban sus servicios por un grupo al margen de la ley, debió acreditar que ello constituía una justa causa, y comoquiera que fue ausente prueba en dicho sentido y tampoco tal circunstancia está contemplada en los artículos 62 y 63 del CST como causal para finalizar el vínculo, hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Añadió que CENS S.A. ESP es solidariamente responsable de las acreencias laborales por las que impartió condena en los términos del artículo 34 del C.S.T., ya que, el mantenimiento de las redes eléctricas, objeto del contrato comercial que suscribió con Ingeniería 2000 S.A.S., y respecto del cual los demandantes prestaron sus servicios, es una actividad inherente y conexa con su objeto social, conforme lo dispone la Ley 142 de 1994. Refirió que en cuanto al argumento del agotamiento de la jurisdicción expuesto por esta encartada al haberse elevado por los demandantes un proceso anterior en el que se reclaman las mismas pretensiones, este es, 2017-161, señaló que una vez revisados los dos procesos pudo verificar que si bien involucran las mismas partes, no tienen la misma causa, pues en aquél

se perseguían acreencias causadas con anterioridad al 2016 y la indemnización contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; pretensiones que difieren con las que ahora se estudian. Finalmente dijo que las llamadas en garantía debían responder por las obligaciones a las que fue condenada en solidaridad la beneficiaria CENS S.A. ESP, hasta el límite de los valores asegurados en cada una de las pólizas y en los porcentajes respectivos, en tanto para la finalización de los contratos de trabajo, estaban vigentes. Excluyó a Confianza S.A., del pago de la indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del C.S.T. Frente a la demanda de reconvención, señaló que la situación de un pago indebido en el auxilio de transporte ya fue zanjada en proceso anterior bajo el radicado 2017-161, cuando allí se refirió a la figura de la compensación.

RECURSO DE APELACIÓN: Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP aspira a que se revoque la decisión que le fue desfavorable. Insiste en que en el presente caso debió aplicarse la figura del agotamiento de la jurisdicción, teniendo en cuenta las pretensiones del proceso 2017-161, de modo que solicita se reduzca la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., a la fecha de presentación de aquella demanda. Señala que no existe solidaridad, bajo el entendido de que los objetos sociales de ésta y de Ingeniería 2000 S.A.S., son diferentes, y que si bien es cierto en la Ley 142 de 1994 menciona como función suya el mantenimiento de las redes también lo es que allí no se definen las actividades complementarias como distribución, comercialización y transmisión que son las del objeto social de CENS S.A. ESP. Añade que Confianza S.A., como llamado en garantía debe asumir también el monto de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., toda vez que en la carátula de la póliza dice que aquella cubre, salarios, prestaciones e indemnizaciones, sin hacer discriminación alguna.

Seguros Generales Suramericana S.A., mencionó que elevaría recurso de apelación sin embargo no efectuó sustentación alguna.

Confianza compañía de Seguros de Fianza S.A., se adhiere a los argumentos esbozados por CENS S.A. ESP en su recurso de apelación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Los demandantes alegan que Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP es solidaria en el pago de las obligaciones laborales a que tienen derecho y que están a cargo de Ingeniería 2.000 S.A.S., como su empleador, toda vez que fueron contratados para adelantar actividades que hacen parte de la misión de la electrificadora.

Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP., señala que todas las pretensiones están dirigidas a cobrar acreencias laborales e indemnizaciones, producto de un contrato de trabajo que existió únicamente entre los demandantes y la empresa Ingeniería 2000 S.A.S., razón por la que no está llamada a responder por ninguna de las peticiones. Aduce que conforme los certificados de existencia y representación legal adosados al juicio y el objeto del contrato CT-2015-000046, se puede verificar que las actividades contratadas con la Empresa Ingeniería 2000 Ltda., no hacen parte del objeto social de CENS ni tampoco son conexas con su actividad principal, la cual es *“la comercialización de energía eléctrica, la distribución de energía eléctrica y la transmisión de energía eléctrica”*, en tanto la empresa contratista desarrolló labores exclusivas de mantenimiento.

Alegó además que en gracia de discusión y de entenderse forzosamente que CENS debe responder a los demandantes por los incumplimientos de su empleador, serán las compañías aseguradoras quienes deban asumir el cumplimiento de las pretensiones, por haberse suscrito una póliza con éstas y los amparos incluyen no sólo los salarios y prestaciones sociales, sino también las indemnizaciones laborales dentro de las cuales se encuentra la del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, concepto que ha dejado por fuera de la orden judicial respecto de Confianza S.A.

3° CONSIDERACIONES

A partir de la apelación, los problemas jurídicos consisten en determinar, si la codemandada Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP es responsable solidaria de las obligaciones laborales a las que fue condenada Ingeniería 2000 S.A.S. En caso de ser afirmativa la anterior hipótesis si la compañía de Seguros de Fianza -Confianza S.A.- debe asumir con cargo a la póliza 33CU008207, la condena por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., y si esta última debe reducirse hasta la fecha de presentación de demanda 2017-161, por virtud de lo que denominó CENS S.A. ESP “*agotamiento de la jurisdicción*”.

Para dilucidar el primero de los cuestionamientos, es preciso partir de lo previsto en el artículo 34 del C.S.T. el cual estatuye que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra realizada por contratista independiente será solidariamente responsable con éste por el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario.

Así, en los términos del artículo citado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras, en sentencias CSJ SL4400-2014 y CSJ SL14692-2017, ha reiterado que la solidaridad en materia laboral entre el contratista independiente y quien se beneficia de su labor, se presenta cuando la actividad ejecutada por el primero cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste, para lo cual puede tenerse en cuenta no solo el objeto social del beneficiario de la obra y el contratista sino también las actividades específicas desarrolladas por el trabajador.

No quiere decir ello que el contratista independiente deba cumplir labores idénticas a las que desarrolla el beneficiario de la obra para así dar lugar a la responsabilidad solidaria por parte del último, ni tampoco que cualquier actividad desarrollada por el beneficiario del servicio de cabida a ello, toda vez que, como lo refiere el aparte normativo aquí estudiado, es necesario que las labores desarrolladas por estos coincidan en el fin o propósito que persigue el empresario, en este caso Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP., como el contratista Ingeniería 2000 S.A.S., tal y como lo ha referido la H. Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia con radicación 38651 de 2014, así:

“ (...) para que esa solidaridad se configure, no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.”

En el sub-análisis, ya acreditado el vínculo laboral existente entre los demandantes y la sociedad Ingeniería 2000 S.A.S., así como la relación de carácter comercial que se desarrolló entre esta última y Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP, resulta necesario establecer la relación de causalidad entre estos dos vínculos o contratos, a fin de verificar si hay lugar a endilgar responsabilidad solidaria a esta última, en virtud del artículo 34 del C.S.T.

En esa orientación, ha de partirse del objeto del contrato civil CT-2015-00046, encontrando que se estructuró para desarrollar la “[...] Ejecución de actividades de mantenimiento en el sistema de distribución de energía eléctrica, en el área de influencia de CENS- Grupo 2”

De otro lado, Ingeniería 2000 S.A.S., conforme el certificado de existencia y representación visto a folios 65 a 68 tiene como objeto social el de “(...) (1) *compraventa de todo tipo de material o equipo relacionado con las diferentes normas de la ingeniería, distribuir al por mayor y al detal materiales y equipos de toda índole, afines a la rama de la ingeniería, a la contratación directa de obras en todos los ramos de la ingeniería, prestación de servicios relacionados con estudios de la consultoría, la interventoría y diseño de obras de ingeniería en general, la preparación de servicios complementarios como suministro de personal capacitado, toma de lectura, reparto de constancias y distribución de facturas de empresas prestadoras de servicios de energía (...). El desarrollo de todas las actividades electromecánicas en general, tales como ingeniería de proyectos, diseño, fabricación, instalación, montaje, puestas en marcha, **mantenimiento**, reparación de sistemas mecánicos y eléctricos de sus elementos y partes (...) y **demás servicios relacionados con la ingeniería eléctrica, mecánica en sus ramas de instalaciones, redes, líneas eléctricas** (...)”*

Ahora, Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP conforme certificado de existencia y representación legal visible a folios 56 a 64 establece que su objeto es el de la “*prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, sus actividades complementarias de transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica; prestar los servicios de calibración, ensayos e inspección de medidores, transformadores, instrumentación eléctrica y **demás elementos asociado al desarrollo de las actividades de la sociedad** (...) **de acuerdo con el marco legal y regulatorio**”*

Por su parte la ley 142 de 1994 mediante la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, en su artículo 14 numeral 25, señala que el servicio público domiciliario de energía eléctrica “*es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión*”; previendo además en el artículo 28 que, las empresas de servicios públicos tienen la obligación de efectuar

el mantenimiento y reparación de las redes locales, cuyos costos serán a cargo de ellas.

De esta manera las cosas, de las actividades económicas ejecutadas por Ingeniería 2000 S.A.S., teniendo en cuenta el certificado de existencia y representación legal anexo, el objeto de Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP, así como la finalidad misma del contrato civil que fue suscrito entre aquellas, de donde pendía la existencia de los contratos de trabajo de los demandantes, se infiere que la exigencia que establece el artículo 34 del C.S.T. para que se dé la solidaridad, tiene operancia en el presente asunto, teniendo que responder la entidad contratante de lo que la contratista y empleadora adeuda a los trabajadores por concepto de derechos sociales impuestos como condena en la sentencia de primera instancia.

Ello es así, si se tiene en cuenta que se contrató a Ingeniería 2000 S.A.S. para la ejecución de unas actividades que satisfacen necesidades propias e inherentes al servicio público de energía que presta Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP, pues, en esencia el contrato comercial se encontraba dirigido al mantenimiento en el sistema de distribución de energía eléctrica y que conforme los dichos de los demandantes Jorge Leonardo Ballesteros Franco y Albert Javier Sanjuan Rojas en interrogatorio, así como los testigos traídos a juicio, consistía en actividades de reparación de daños, restablecimientos de servicios de energía a los usuarios, cambios de transformadores, entre otros, que, sin duda alguna, se requieren para dar estricta observancia al propósito de garantizar una adecuada prestación del servicio de energía. Esto, además ligado con una de sus obligaciones legales cual es, conforme el artículo 11 de la citada ley 142 de 1994 *“1.1. Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente”*.

Por manera que no le asiste razón al apelante CENS S.A. ESP., al señalar que el mantenimiento de redes no hace parte de su actividad principal, habida cuenta que, es evidente que por virtud de la ley, ello da sustento al contenido esencial del servicio público de energía, lo que implica que es inherente y, por ende, básico tanto en el corto como en el largo plazo para garantizar la finalidad y funcionalidad real del servicio. Véase que se le impone el deber legal de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales, de tal forma que ante su ausencia, no se puede cumplir con su objetivo, valga decir, que el servicio se preste de forma continua y eficiente.

Corolario, al contratarse la ejecución de una obra para satisfacer una necesidad propia, esencial e indispensable ligada con su objeto económico, pues el mantenimiento de redes, asegura la prestación del servicio público de energía, resultando ser inherente y conexo con la transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, es que Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP debe responder solidariamente en voces de lo dispuesto en el artículo 34 del C.S.T., en el pago de las acreencias laborales causadas con ocasión de los contratos de trabajo que se ejecutaron entre los demandantes e Ingeniería 2000 S.A., como lo dispuso el a-quo.

Contrato de seguro con la Compañía de Seguros de Fianza S.A. -Confianza S.A.-

Alega CENS S.A. ESP., que esta aseguradora debe responder además de las condenas de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa de los demandantes, por el monto correspondiente a la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., concepto respecto del cual el a-quo desligó su responsabilidad por considerar que se encontraba excluido de la póliza en la que aquélla es beneficiara, lo cual aduce no es cierto.

De la revisión detallada tanto de la póliza 33CU008207, así como de su clausulado (Fls 150-155), se extrae que i) cubre los perjuicios que se le llegaren a ocasionar a Cens S.A. ESP por el incumplimiento en que incurriera frente a sus trabajadores el contratista Ingeniería 2000 LTDA., en virtud del contrato de obra civil 2015-0046, ii) que el amparo incluye salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y iii) que dentro de la cláusula 2º correspondiente a las exclusiones, no se encuentra expresamente la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Así, fuerza concluir de lo anterior, que le asiste razón en este punto a CENS S. ESP., comoquiera que contrario a lo señalado por el a-quo, ninguna exclusión en la mentada póliza respecto de la indemnización moratoria se incluyó, y, al señalarse de manera general que cobija las indemnizaciones que se causaren por cuenta de las obligaciones laborales de Ingeniería 2000 LTDA., hoy S.A.S., a sus trabajadores en el marco del contrato comercial 2015-0046, es palmario que incluye la indemnización del artículo 65 del C.S.T. en cita. Esto obliga a modificar el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia en el sentido que la responsabilidad de Confianza S.A., y Seguros Generales Suramericana, será por los porcentajes allí dispuestos, sobre las condenas de los literales a, b y c del numeral segundo de esa providencia (*cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización por despido injusto e indemnización moratoria por el impago de acreencias laborales*).

Agotamiento de la jurisdicción.

De otra parte, como CENS S.A. ESP aduce que la figura de “*agotamiento de la jurisdicción*” ha de aplicarse al caso, modificándose en consecuencia la fecha hasta la cual debe extenderse la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., ello bajo el argumento que los demandantes incoaron con anterioridad demanda ordinaria con similares pretensiones a las presentes y que fue radicada y tramitada

en el Juzgado Único Laboral de Ocaña bajo el número 2017-161, importa precisar que tal figura fue creada por la jurisprudencia del Consejo de Estado y que conforme su desarrollo ha sido definida por esa corporación en los siguientes términos:

“Para estos efectos la jurisdicción es entendida como la activación del aparato de justicia. Significa que llevarle de nuevo el mismo reclamo de protección de iguales derechos, en el caso de la nulidad electoral, derechos a la preservación de la legalidad en abstracto, afectados por causa idéntica, no es un racional ejercicio del derecho de acción. Que en tal caso el proceso que se inicie con posterioridad a otro que ya se encuentra en curso y que se instauró por los mismos hechos y derechos está viciado de nulidad "por agotamiento de jurisdicción". Que a tal conclusión se arriba porque si el proceso es nulo cuando corresponde a distinta jurisdicción, también lo es cuando la jurisdicción se ha consumado por haberse aceptado dar trámite a la demanda y estar ya en trámite otro proceso sobre la misma materia”¹

De la definición de tal figura jurídica, es pertinente señalar que ninguna aplicación al sub-analice puede darse si se atiende que el proceso 2017-161, que en efecto adelantaron los aquí demandantes en contra de Ingeniería 2000 Ltda., hoy S.A.S., finalizó con sentencia el 22 de junio de 2018, esto es, antes de integrarse la litis en el juicio presente, que lo fue 01 de agosto de 2018; fecha de la notificación personal de una de las encartadas (Fl 249), es decir, no concurrieron dos procesos en curso para pensarse siquiera que “*el agotamiento de la jurisdicción*” se dio en el transcurso de aquél o de este juicio, pues, la figura aplicable ante una eventual identidad de causa respecto de un proceso que ya se encuentra finalizado, sería la de cosa juzgada.

¹ Consejo de Estado. Sala Plena, Decisión del 11 de septiembre de 2012. Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. Radicado: 41001-33-31-004-2009-00030-01

Véase como el Consejo de Estado en providencia del 16 de septiembre de 2004, rad. 2004-0326 C.P., en cuanto a la diferencia entre el agotamiento de la jurisdicción y la cosa juzgada señaló que:

"(...) radica en que con el primero se busca evitar un desgaste de la administración de justicia, de tal suerte que ante la existencia de dos procesos en curso, que versan sobre hechos, objeto y causa similares, el juez debe establecer cuál de ellos agotó la jurisdicción y, para ello, debe constatar en qué procedimiento fue notificada primero la demanda a los demandados, pues es a partir de dicho momento que se habla propiamente de la existencia del proceso como tal, en tanto en dicho instante se traba la Litis. Ahora bien, en la cosa juzgada, el operador judicial constata que un proceso sobre los mismos o similares hechos, objeto y causa ya fue fallado por la jurisdicción, situación que lo lleva a declarar, en la sentencia, la imposibilidad de acceder a las pretensiones, puesto que el asunto ya fue ventilado y decidido ante los órganos jurisdiccionales respectivos."

En este punto, tal y como lo puntualizó el a-quo, la controversia radicada bajo el número 2017-161 difiere de la actual, en el sentido que allí se petitionó el pago de acreencias laborales causadas con anterioridad al 2016 y la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, lo que se pudo corroborar con el audio de la sentencia proferida al interior de ese juicio y que obra a folio 277 del plenario; de manera que ni el “*agotamiento de la jurisdicción*” como tampoco el escenario de la cosa juzgada se configuran en el de marras y por ende ninguna limitación a la indemnización moratoria a la que fue condenada en solidaridad CENS S.A. ESP, resulta dable.

En síntesis, como quedó demostrado que Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP es solidariamente responsable en el pago de las acreencias laborales causadas con ocasión de los contratos de trabajo que se ejecutaron entre los demandantes e Ingeniería 2000 S.A., y no es aplicable la figura de “agotamiento

de la jurisdicción”, se confirmará la decisión de primer grado, en lo que respecta a la declaratoria de solidaridad. Se modificará en lo atinente a la responsabilidad de Confianza S.A., en la asunción de las condenas impuestas y respecto de la que es solidaria CENS S.A. ESP., precisando que deberá asumir con cargo a la póliza 33CU008207, al igual que la aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A., la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., ya que, ninguna exclusión de aquella se verificó en el contrato de seguro. Se declara impróspera en consecuencia la excepción por aquella propuesta denominada *“ausencia de cobertura de indemnización moratoria y de cualquier otra indemnización diferente a la de despido sin justa causa”*.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del C.G.P, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas a la demandada Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP al no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada \$500.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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: DECLARAR impróspera la excepción de *“ausencia de cobertura de indemnización moratoria y de cualquier otra indemnización diferente a la de despido sin justa causa”*. Y en tal sentido **MODIFICAR** el numeral cuarto de la sentencia del 29 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña-Norte de Santander, en lo que atañe a la asunción por parte de las llamadas en garantía de las condenas impuestas, respecto de las que es solidaria Centrales

Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP, en el sentido de que la responsabilidad de Confianza S.A., también incluirá la condena dispuesta en el literal b del numeral segundo de esa providencia, esto es, la correspondiente a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CSTSS.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS a cargo de la demandada Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. ESP. Inclúyase como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$500.000. Líquidense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

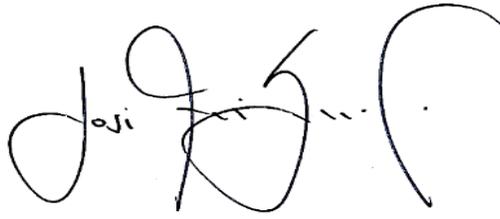
Los Magistrados,



ELVER NARANJO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 102, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 04 de noviembre de 2020.



Secretario