



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

Cúcuta, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO	FUERO SINDICAL
RAD. ÚNICO	54-001-31-05-001-2017-00385-00
P.T.	19172
DEMANDANTE	BANCO COMPARTIR
DEMANDADO	ALBERT ALEXIS PALACIOS LEAL

**MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÈN QUINTERO GELVES**

Realizado el examen preliminar, se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha diez (10) de noviembre de dos mil veinte (2020), dentro de la presente Acción Especial de Fuero Sindical, por lo que el Despacho se dispone AVOCAR el conocimiento de la misma y en su momento oportuno decidirá de plano lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Nidia Belen Quintero G.

**NIDIAM BELÈN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de enero de 2021.

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas contra la sentencia del 22 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-001-2019-00171-00, promovido por **Luis Carlos Bagett Ureña** 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. 46-54): 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 Porvenir S.A. a trasladar el saldo de su cuenta individual al RPM y a Colpensiones a recibir los valores transferidos. Subsidiariamente, deprecia 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 5 de septiembre de 1995 se vinculó a Pensiones Colmena (hoy Protección) mediando error en su consentimiento, pues dicho acto tuvo lugar sin el cumplimiento del requisito de información; al igual que su posterior traslado a Porvenir S.A., el 30 de agosto de 2010. Muestra de ello dice, es que solo hasta diciembre 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 \$1.814.000. Dice que efectuadas las liquidaciones conforme al RPM su prestación sería de \$4.489.000. Alude que solicitó a Colpensiones la nulidad pretendida sin éxito alguno.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: Colpensiones se opuso a las pretensiones (fls. 69-78). Argumentó que el actora se afilió al régimen de ahorro individual de forma voluntaria y, se encuentra inmerso 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.

Porvenir S.A. igualmente resistió las súplicas (fl. 104-114). Adujo que el 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 aquel en 1995, 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. Además, 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.

Protección S.A. también se opuso a la pedido (fls. 126 a 137). Señaló que el demandante de manera libre y voluntaria suscribió la vinculación al RAIS en 1995 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.

El Ministerio Público emitió pronunciamiento, exponiendo que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral ha mantenido en forma pacífica y reiterativa la postura de que corresponde a las AFP

cumplir con el suministro de información completa y veraz a sus afiliados, sin que las simples expresiones impresas en los formularios de afiliación de sobre la vinculación “*libre, voluntaria y sin presiones*”, se repute suficiente para demostrar el cumplimiento de dicha obligación ineludible (fls. 84-95).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el 22 de septiembre de 2020, resolvió declarar la “*nulidad e ineficacia*” de las afiliaciones al régimen de ahorro individual que el accionante surtió primeramente con el fondo de pensiones Colmena, hoy Protección, y luego ante Porvenir S.A. Condenó a éste último fondo privado a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento alguno. Y a Protección, asumir los deterioros sufridos por el bien administrado (en caso de que se hubieren causados), mermas del capital destinado a financiar la pensión de vejez del demandante, por los gastos de administración en que haya incurrido, en los términos del artículo 963 *ibídem*. 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 Colmena, hoy Protección, ni Porvenir S.A., 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 el año 1995, 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.

La aspiración de Colpensiones también es derruir la decisión de primer grado. Manifestó que el traslado pretendido no es viable, en la medida en que, al actor 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 aquel.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Luis Carlos Bagett Ureña, se ratificó en lo propuesto en el líbelo 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 modifico los literales c) y d) del artículo 60 de la ley 100 de 1993. Refiere que 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.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. y Protección, insisten en que brindó al actor 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. También, en que solo es factible devolver los aportes contenidos en la cuenta de ahorro individual.

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 Protección y Porvenir S.A.; pues argumenta el 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 Luis Carlos Bagett Ureña para hacer efectivo el traslado de régimen pensional fue consentido e informado es decir, si las AFP codemandadas 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 el actor suscribió un formulario de afiliación a Colmena, hoy Protección, el 5 de septiembre de 1995 y el 30 de agosto de 2010 otro documento de igual naturaleza ante Porvenir S.A. (fl. 34). 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 Luis Carlos Bagett Ureña 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 del 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.

Sin embargo, se torna imperioso precisar que no es factible declarar la nulidad del traslado en sí, como erradamente procedió el funcionario judicial, pues sus consecuencias no son las que específicamente prevé el Código Civil en sus artículos 1740 y siguientes, sino que como está de por medio el derecho a la pensión, lo que ha de interpretarse de cara a la carga argumentativa utilizada en la demanda, es que lo que realmente se deprecia es la **ineficacia** de ese acto por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora que permitió el traslado al sistema privado.

Aclarado el anterior contexto, se tiene que frente a la afirmación de Porvenir S.A de que no se encuentra probada la lesión o perjuicio al 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.

Tampoco es de recibo la tesis planteada por Colpensiones en cuanto alude a la imposibilidad de traslado del afiliado al que le falten menos de 10 años para cumplir los requisitos mínimos de pensión, o que ya los acredite. Esto, dado que las reglas de la jurisprudencia explicadas en precedencia, **aplican** a todos los afiliados que luego de vinculados a un sistema pensional deseen cambiarse a otro, sin miramientos a que estén cercanos a no a adquirir una pensión, o sean beneficiarios o no del régimen de transición, pues si se hubiese querido hacer dicha diferenciación, así tendría que haberse expuesto en las decisiones que hasta al momento ha proferido sobre el tema el órgano de cierre, pero en ninguna se ha aludido expresamente a permitir la desigualdad que implicaría exigir el cumplimiento del deber de información a las administradoras del RAIS solo para los ciudadanos inmersos en esas circunstancias (ver sentencia C-621 de 2015).

Y es que por tratarse la función de las administradoras de pensiones privadas de un servicio público a luz del artículo 48 superior, se exige de estas un papel activo en la asesoría que brindan a sus futuros afiliados. No en vano el inciso tercero del literal c del artículo 60 de la Ley 100 ya citada, les impone como obligación *“informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas”*.

Se colige así, que al determinarse que como el acto jurídico de traslado de régimen es ineficaz por no cumplir en su momento la AFP Colmena (hoy Protección), ni en su oportunidad Porvenir S.A., con el deber de información, deberá ésta como última administradora del RAIS que cuenta con los aportes de Luis Carlos Bagett Ureña, devolver todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, 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 del 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 reitera 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 integro 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 Protección, 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, 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 22 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Primero 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.

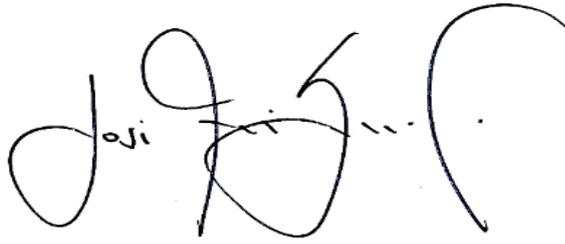
Los Magistrados,



ELVER NARANJO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de enero de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2019-00237-00
RADICADO INTERNO:	19.076
DEMANDANTE:	JACINTO LEAL SANTAFE
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JACINTO LEAL SANTAFE contra COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2019-00237-00, y Radicación interna N° 19.076 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la Sentencia del 30 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor JACINTO LEAL SANTAFE interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las A.F.P. PORVENIR y PROTECCIÓN para que se declarara la nulidad absoluta del traslado del RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS efectuado el 01 de noviembre de 1998 a la AFP COLMENA - ING hoy PROTECCION S.A. y posteriormente a PORVENIR S.A. efectuada el día 26 de marzo de 2001, como consecuencia de lo anterior el traslado la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES y a su vez, se ordenara recibir al afiliado sin solución de continuidad, como peticiones subsidiarias, solicitó declarar a las AFP demandadas, como responsables de perjuicios causados y en consecuencia, el pago de pensión de vejez en las condiciones en que hubiese recibido pensión si hubiese continuado en RPM.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que el actor nació el día 26 de abril de 1955, razón por la cual, cumplió la edad de pensión de vejez en el 2017, que estuvo afiliado al RPM desde el 02 de octubre de 1989 y cotizó 360 semanas, se trasladó al RAIS inicialmente administrado por COLMENA - ING hoy PROTECCION S.A., el 01 de noviembre de 1998, sin recibir ilustración de fondo sobre la decisión, posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. el 26 de marzo de 2001, donde se encuentra actualmente, sin haber tomado la decisión de manera libre y voluntaria, refiere haber cotizado en ese régimen, más de 971 semanas, generando una suma superior a 1330 entre los dos regímenes.

Que radicó derecho de petición ante las AFP PROTECCION y PORVENIR, el día 06 y 02 de noviembre de 2018 respectivamente, solicitando la ineficacia del traslado, que el día 14 de diciembre de 2018, le fue entregada una simulación de pensión por parte de esta última AFP, donde se le hace una proyección de la mesada pensional a recibir

en RAIS que asciende a \$ 1.545.000, y lo que debería recibir si estuviera en el RPM, con base en el IBL promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, equivalente a una mesada de \$4.914.100, igualmente, el día 02 de noviembre de 2018, solicitó el traslado de régimen ante COLPENSIONES.

COLPENSIONES, contestó la demanda, aceptando únicamente los hechos referentes a la fecha de nacimiento del actor, los aportes realizados al RPM y la radicación de la solicitud de traslado, se opuso a todas las pretensiones principales y subsidiarias y fundamentó su posición en que, al actor, le faltan menos de 10 años para pensionarse, estando incurso en lo establecido en el literal b) artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el literal e) modificado por la Ley 797 de 2003, propuso como excepciones de fondo: inexistencia de derecho para reclamar la prestación, innominada, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, cobro de lo no debido por falta de presupuesto legal para su reclamación.

La AFP PROTECCIÓN, contestó afirmando que no son ciertas las afirmaciones del actor, pues todas las afiliaciones se acompañan de una asesoría profesional con un estudio profundo del sistema general de pensiones; se opone a las pretensiones señalando que su actuación está sometida a los parámetros legales y no le corresponde devolver ningún aporte porque ya el actor está afiliado a otra AFP. Propone como excepciones inexistencia de la obligación, falta de legitimación por pasiva, prescripción, buena fe e innominada.,

La A.F.P. PORVENIR, contestó señalando que se atiene a los hechos que resulten probados sobre la afiliación a PROTECCIÓN, niega que hubiera vicio del consentimiento en su traslado porque su firma obra en el formulario para certificar su decisión libre y espontánea, pues la entidad informa a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual y se hacen los envíos de extractos trimestrales. Se opone a las pretensiones por estimar que no existe vicio que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado, y en todo caso solicita que se tengan en cuenta las restituciones mutuas, así como la equivalencia de lo ahorrado en semanas. Propone como excepciones la falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción e innominada.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 30 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

1) DECRETAR: LA NULIDAD E INEFICACIA DEL TRASLADO AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL QUE EL DEMANDANTE HIZO A LA ADMINISTRACION DE FONDOS PORVENIR S.A. Y CON POSTERIORIDAD A PROTECCION S.A. CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN. **2) CONDENAR:** A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A., A DEVOLVER AL SISTEMA TODOS LOS VALORES QUE HUBIEREN RECIBIDO CON MOTIVO DE LAS AFILIACIONES DEL DEMANDANTE, COMO COTIZACIONES, BONOS PENSIONALES, SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA CON TODOS SUS FRUTOS E INTERESES COMO LO DISPONE EL ARTICULO 1746 DEL C.C., ESTO ES CON LOS RENDIMIENTOS QUE SE HIBIEREN CAUSADO, EN VIRTUD DEL RIESGO AUTOMATICO AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA ADMINISTRADA POR COLPENSIONES. **3) ORDENAR:** A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES QUE UNA VEZ LAS ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A. DEN CUMPLIMIENTO A LO AQUI ORDENADO PROCEDA A ACEPTAR EL TRASALDO DEL SEÑOR JACINTO LEAL DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA. **4) SE CONDENARA:** A LA

*ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A. ASUMIR A SU CARGO LOS DETERIOROS SUFRIDOS POR EL BIEN ADMINISTRADO, EN CASO DE QUE SE HUBIESEN CAUSADO, ESTO ES, LAS MERMAS SUFRIDAS EN EL CAPITAL DESTINADO A LA FINANCIACION DE LA PENSION DE VEJEZ, POR LOS GASTOS DE ADMINISTRACION EN QUE HUBIEREN INCURRIDO, LOS CUALES SERAN ASUMIDOS DE SU PROPIO PATRIMONIO SIGUIENDO LAS REGLAS DEL ART. 963 C.C. TODO CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN A LA SENTENCIA. 5) **DECLARAR:** NO PROSPERAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LOS DEMANDADOS. 6) **COSTAS:** A CARGO DE LAS PARTES DEMANDADAS Y VENCIDAS EN JUICIO EN ESTA INSTANCIA*

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

Indicó que, el litigio se centro en establecer la viabilidad del regreso del demandante al RPM administrado por COLPENSIONES, luego que en 1998 se traslado al RAIS administrado por los fondos privados PROTECCION S.A y PORVENIR S.A. en virtud de la ineficacia alegada por indebida información y vicio en el consentimiento.

Tuvo en cuenta sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Distrito Judicial de Cúcuta, dentro del proceso 2015-00062, demandante Maritza Galaviz Arámbula, contra AFP PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, el cual, fue negado por el despacho, no obstante, segunda instancia revocó en su totalidad la decisión, caso que es idéntico.

En dicha sentencia, concluyó el Tribunal con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al desatar dos problemas jurídicos que planteo en consideraciones, 1) si era procedente declarar nulidad de traslado de RPM al RAIS realizado por la demandante en su época y 2) si era viable y si puede promoverse en cualquier tiempo.

En la cual se hizo referencia al artículo 97 de la Ley 100 de 1993, artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, además apartes de la Sentencia SL 46292 de la Corte Suprema, Sala Laboral a propósito de la carga de la prueba de las AFP sobre deber de información al afiliado.

Con base en lo expuesto, para el caso en estudio, vistas las pruebas allegadas por los interesados, señalo que brilla por su ausencia prueba que en el traslado del RPM al RAIS en principio al hoy PROTECCION S.A. y posteriormente a PROVENIR S.A. que indique haber suministrado información que facilitara una adecuada escogencia de régimen pensional, diferente a la afiliación.

El despacho, acogió todos los lineamientos tenidos en cuenta por el superior, así como sus motivaciones en la sentencia traída a colación. Hizo uso de facultades extra y ultra petita y ordenó a las AFP inclusive las mermas sufridas en el capital según su propio recurso, según argumentos del Ministerio Publico.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada PORVENIR S.A.

El apoderado de la A.F.P. PORVENIR interpone recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que, al revisar la demanda, se evidencia que, el actor cuestiona el traslado realizado por PROTECCIÓN S.A. y por ende, la presunta falta de información, recae en dicho fondo.

- Que, en la Sentencia, acogió manifestaciones realizadas por el Procurador Delegado, pero desatiende lo referente a la cita de una Sentencia del año 2008 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde se advierte que, quien debe asumir las posibles mermas del capital y devolución de dichos gastos, es el fondo que incurrió en la conducta indebida de la ausencia de información, que dio lugar a la ineficacia, que para el particular sería PROTECCION S.A, comparte esa posición del Ministerio Público, por lo cual, solicita para que se absuelva a PORVENIR S.A. de esa condena.

- Que el capital no tuvo merma alguna, por el contrario, generó un rendimiento, por lo tanto, considera injusto e inequitativo que se ordene el traslado a COLPENSIONES de los rendimientos generados por los fondos privados sin reconocer los gastos de administración, que no tienen otro motivo que como lo dice la Ley 100 de 1993 es retribuir el servicio prestado por fondos y cubrir gastos de operación.

- Citó artículo artículo 964 del código civil, pues debió tenerse en cuenta el gasto ordinario que se implementa para la inversión en productividad de los fondos, incluyéndose la orden de remitir al régimen de prima media los frutos que se causaron en favor de la administradora y los gastos de administración que estos implican, donde se retribuye el ejercicio para generar la rentabilidad de los ahorros, por lo cual, se considera que deben reconocerse a PORVENIR S.A.

- Que estimaría improcedente e inclusive un enriquecimiento injustificado en favor de COLPENSIONES, y in empobrecimiento de PORVENIR, dado que la relación jurídica es un contrato de mandato, cuyo objeto es administrar una cuenta de ahorro individual, producir frutos para financiar una pensión, mandato que fue cumplido por las AFP convocadas, por lo cual es inequitativo no reconocer los gastos.

- De igual forma, se remite al Tribunal, el concepto de la Superintendencia Financiera del Colombia, ente rector el sistema financiero, 2019152179-003-000, que trata de los efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, donde analiza el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, que se encuentra compilado en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1873 de 2016, que establece la forma en que se deben hacer el traslado de los recursos del RAIS al RPM, dicha disposición, señala que se debe trasladar el capital y rendimiento financiero y no los gastos de administración, por lo mencionado.

- Que hay que tener en cuenta la forma en que operan los regímenes en cuestión, dado que en el RPM, no se maneja una cuenta de ahorro individual, sino que es un fondo común, con dineros de todos los aportantes a pensión, que financian las pensiones que van surgiendo, en el caso del RAIS, es una cuenta de ahorro individual y cada una de ellas tiene un rendimiento, en la práctica en el RPM, los afiliados actuales, terminan financiando los actuales pensionados y no genera ningún rendimiento, diferente al RAIS que genera rendimientos superiores, por lo tanto, lo anterior, justifica el reconocimiento de gastos de administración y demás gastos, que eso no afecta el sistema en caso de no hacerlo.

- Que si bien es cierto la Sentencia se ajusta a la Sala Laboral, no se acompaña a las normas de la seguridad social.

3.2 De la parte demandada COLPENSIONES

La apoderada de COLPENSIONES presenta recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que no está conforme con la orden de recibir la afiliación del demandante, pues no es posible aceptar su traslado dado que al actor le faltan menos de 10 años para

cumplir la edad de pensión al momento en que se presentó la demanda, conforme dispone el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modifica el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

- Que la ineficacia del traslado, no resulta procedente pues para el momento en que el actor ejerció su afiliación lo hizo cumpliendo las leyes colombianas y en ejercicio de su derecho a libre elección de regímenes, siendo anterior a la Ley 1328 de 2009.
- Que COLPENSIONES, no tuvo intervención al momento de brindarle información al demandante para su traslado libre y voluntario, donde era el actor quien estaba en facultad de decidir qué fondo le favorecía más para su derecho a la pensión y conociendo que en el régimen privado se manejaban otras expectativas, debiendo actuar en defensa del fondo común.
- En relación con las costas, considera que no deben proceder por haber actuado de buena fe.

3.3 Del Ministerio Publico

El delegado del Ministerio Publico interpuso recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Manifiesta inconformidad de manera parcial frente a la sentencia, en lo que tiene que ver con lo referente a las mermas sufridas por el capital administrado, que, en la decisión, siguiendo la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ordenó que la AFP debe asumir las mermas limitándose a los gastos de administración.
- Consideró, como así también lo dijo el apoderado de PORVENIR S.A., que quien debe sufrir esa consecuencia, es el fondo que dio lugar a la ineficacia del traslado, en este caso PROTECCION S.A., no obstante, indicó que, la condena, no solo debe limitarse a los gastos de administración, consideró que solo hacen parte de esas mermas, por lo tanto, se debe ordenar la devolución,
- Citó el artículo 60 literal b) de la Ley 100 de 1993, en ese orden, llama la atención sobre las primas referentes a los seguros, dado que, en el RAIS, la AFP está en la obligación de descontar una parte de lo cotizado para contratar seguros en caso que se causen pensión de invalidez y sobreviviente, que lógicamente merma el capital, cosa que no es obligatorio en el RPM.
- En este caso, consideró que hay una disminución al no ordenarlo, por lo tanto, considera que se debe seguir la línea jurisprudencial de la Corte Suprema y mantener indemne el capital, según sentencia radicado 31989.
- Que lo anterior, afecta un principio constitucional como es el de la sostenibilidad, dado se parte de la base de los recursos con los que cuenta el RPM administrado por COLPENSIONES, siendo asimétrico los ingresos, frente a las obligaciones a asumir al reconocer las prestaciones, por lo tanto, si las cotizaciones no llegan completas, se genera un desbalance que afecta sostenibilidad fiscal del sistema.

3.4 De la parte demandada PROTECCIÓN

El apoderado de la A.F.P. PROTECCIÓN interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que se opone a la condena elevada en su contra, dado que PROTECCION, la única carga que tenía con base en la ley, era la inscripción de un formulario, además la afiliación se efectuó libre de expresiones, dado que se hace constar según firma y

texto de formulario de afiliación, por lo tanto, no es de recibo que se pongan mas requisitos a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

- Que hay inexistencia de obligación de devolver comisión de administración, cuando se declare la nulidad o ineficacia, requiere de dos requisitos, 1) porque hay restituciones mutuas, como lo establece el Código Civil, por lo cual no se puede desconocer que los frutos o mejoras del afiliado, son rendimientos de la cuenta de ahorro individual y esos aportes ordenados trasladada, son producto de la buena gestión de la AFP, por lo cual debe conservar el costo en el que incurrió, con el cual, además se pagan seguros que son terceros de buena fe.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

La apoderada del actor solicitó se confirmara la sentencia proferida, atendiendo a que si bien los traslados del 1 de noviembre de 1998 y el 1 de mayo de 2001 eran aparentemente libres y voluntarios no estuvieron precedido de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad; exponiendo que no recibió esa información necesaria y pertinente para conocer los efectos de su decisión, generando la ineficacia por carecer de un consentimiento informado sobre su futuro pensional y así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, sin exigir afectación clara y concreta sobre un derecho consolidado pues la carga de la prueba de la asesoría adecuada compete a las AFP, que es un deber constituido desde su creación.

• PARTE DEMANDADA:

La apoderada de COLPENSIONES solicita que se niegue la solicitud de traslado del demandante pues se encuentra en el límite de edad de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y esta imposibilidad de orden legal imposibilita el reconocimiento pretendido; señala que el traslado goza de plena validez según las leyes colombianas y se ajustó a las disposiciones del literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que en todo caso correspondía al afiliado corroborar que su traslado correspondía a las expectativas pensionales que tenía. Que la ineficacia o nulidad de traslado es inoponible a terceros de buena fe como sería COLPENSIONES, y que debió declarársela excepción de prescripción.

El apoderado de PORVENIR S.A. solicita revocar la sentencia de primera instancia, ratificándose en los hechos y fundamentos de derecho expuestos inicialmente; indica que las pruebas no desacreditan que se brindó una asesoría adecuada a los requerimientos legales de la época del traslado; que conforme a la providencia SL19447 de 2017 la nulidad de traslado exige que se configure una lesión a los derechos pensionales y esto tampoco se demostró. Que la entidad informa debidamente a sus afiliados sobre las características del RAIS, incluyendo el envío de informes trimestrales y de campañas de comunicación como en 2004. En todo caso, señala que sobre las restituciones mutuas no comparte que se ordene a su totalidad, pues legalmente le corresponde mantener lo invertido para que se generaran frutos como es el concepto de gastos de administración y los descuentos legales que se destinan a financiarlos, siendo esta una orden que no tiene en cuenta las diferencias entre ambos regímenes y desconoce el trabajo de la entidad para generar rentabilidad, circunstancia que ha sido reconocida por la Superintendencia Financiera en concepto de 2019 derivado de una adecuada interpretación legal, por lo que si se mantiene esta orden se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa en detrimento de su actividad como administradora.

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. solicitó que se revocara la sentencia dictada en su contra por cuanto la entidad cumplió con todos los presupuestos legales previamente consagrados para el funcionamiento del RAIS, y que desde la expedición de la Ley 100 de 1993 es claro el efecto del traslado y los requisitos para acceder a pensión en este régimen y que se financia con los aportes del afiliado exclusivamente, por lo que no puede alegarse desconocimiento alguno. Que cuando se realizó el traslado demandado no existían requisitos como los exigidos en la jurisprudencia y que está vencido el término para demandar antes de la prescripción según la remisión necesaria al código civil.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad e ineficacia del traslado del señor JACINTO LEAL SANTAFE del RPM al RAIS administrador inicialmente por PROTECCION S.A. y posteriormente por PORVENIR S.A.? Así mismo, si esto implica la devolución de los gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES y a qué entidad le corresponde.

7. CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del señor JACINTO LEAL SANTAFE, del RPM al RAIS, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de las demandadas Administradoras de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el juez de instancia concluyó, que era procedente declarar la ineficacia porque no se demostró por las demandadas que al momento de efectuar los traslados se suministrara al actor una información completa, cierta, comprensible y oportuna sobre las consecuencias de su decisión, conforme exige tanto la Ley 100 de 1993 en sus decretos reglamentarios como el Estatuto del Sistema Financiero desde la creación de los dos regímenes, no siendo la firma del formulario prueba suficiente para convalidar el consentimiento debidamente informado que se requiere y ante lo cual, dispuso reintegrar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando a las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR, reintegrar todos los valores adicionales descontados para garantizar la integralidad de los aportes a trasladar del actor.

Conclusión a la que se oponen las demandadas en sus respectivos recursos, argumentando PORVENIR que el consentimiento del actor está evidenciado en sus firmas de los formularios, que el traslado inicial corresponde a PROTECCIÓN y debería asumir los gastos adicionales, sin perjuicio de lo cual reclama que la restitución mutua ordenada no cumple los parámetros legales; PROTECCIÓN se opone a que le condenen a restituir saldo alguno por gastos de administración y otros descuentos por tratarse de valores legalmente descontados en su momento por la actividad propia de la administradora del Régimen de Ahorro Individual y COLPENSIONES reclama que no intervino en la decisión de trasladarse, y que el actor ya está en la edad para impedir su traslado entre regímenes.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto por el cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por el incumplimiento del deber de información

a cargo de la administradora; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

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

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

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

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 del 24 de marzo de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

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

objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

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

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

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

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al RAIS está en cabeza de las A.F.P PROTECCIÓN y PORVENIR; pues argumenta el demandante que suscribió el formulario luego de una información engañosa, sobre la inestabilidad del fondo público y las ventajas del privado, sin conocer sobre las características esenciales de ambos fondos y sin una proyección, advirtiendo apenas en 2018 (Fol. 19-22), la notoria diferencia entre la pensión que le hubiera correspondido de no haber efectuado el traslado.

Del expediente se puede evidenciar que el actor se encontraba afiliado al régimen de prima media inicialmente en ISS hoy COLPENSIONES desde el 02 de octubre de 1989 hasta que se perfeccionó el traslado al RAIS, donde alcanzó a cotizar 360

semanas (Fol. 4), no se evidencia prueba documental sobre el formulación a través del cual se solicitó su vinculación a la AFP COLMENA-ING hoy PROTECCIÓN S.A., y posteriormente PORVENIR S.A., no obstante, no existe discusión de ellos, en virtud de los anexos aportados donde reposa la historia laboral en cada y los aportes realizados (Fol. 4-22, 29-32, 70, 88-90, 11-154).

No obstante, a pesar de las recurrentes manifestaciones de las AFP demandadas, a propósito del traslado, libre y voluntario del actor, ésta Sala de Decisión, al igual que lo hizo el A quo, arriba a la conclusión que, no obra pruebas al plenario que así lo demuestre, por lo cual, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de una ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, conociendo el actor hasta el año 2018, se itera, la diferencia entre la mesada resultante de su ahorro en el RAIS y la que le hubiera correspondido en el RPM.

En ese orden, es claro, como así lo concluyo también el A quo, que se destaca la ausencia de prueba alguna que dé cuenta si PROTECCIÓN S.A. o PORVENIR S.A. previo a su traslado brindaron al afiliado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; ni que se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a las fechas indicadas se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado.

De acuerdo con lo explicado, en su momento, las AFP convocadas, no actuaron cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenían la carga de acreditar que así lo hizo, pero sobre el momento del traslado solo se aportaron los formatos de vinculación suscritos, advirtiendo que además de no aportarlos, en sus alegaciones, siempre manifestaron que son modelos pre-impresos, de lo cual, no se podría inferir con certeza que sí fuera estudiada la situación pensional particular del actor y ante ello se puede concluir que las demandadas no lograron acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados al actor, donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Frente a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este argumento del apelante sobre que bastaba con el formulario ya que este había sido aprobado por la Superintendencia que los vigilaba, no está llamado a prosperar, pues este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio

en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos principales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta de la actora. Se ha concluido que las demandadas incumplieron con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió tanto en noviembre de 1994 como en el cambio de administradora posterior, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: *«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»-*

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas

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

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

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

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

Siguiendo este precedente, es posible establecer que no le asiste razón al apelante AFP PORVENIR al reclamar que es AFP PROTECCIÓN quien debe asumir todos los gastos de administración por ser el primer receptor del afiliado; pues, como señala la Corte, la declaratoria de ineficacia debe ser asumida por todas las entidades del régimen de ahorro individual en que estuvo vinculada la actora pues deben garantizar la integralidad del capital a reingresar en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de afiliación.

Con todo, tanto el concepto emitido por la Superintendencia Financiera expuesto en los alegatos, como en los demás argumentos vertidos en la sustentación del recurso de alzada por parte de PORVENIR S.A., no resultan relevantes, frente a la obligatoriedad que le asiste a la AFP de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación, fue ineficaz.

Igualmente, en lo que respecta al argumento del representante del Ministerio Público, considera esta Sala que si bien, los argumentos resultan plausibles, no se encuentra yerro en la decisión, como quiera que según la sentencia de primera instancia, la orden es clara, en el sentido de ordenar a las AFP convocadas en los numerales 3) y 4) a devolver todos los dineros percibidos, incluidos los conceptos de seguros y demás valores según los términos del artículo 60 literal b) de la Ley 100 de 1993.

Por último, respecto a lo planteado, en lo que respecta a las costas procesales, materia de inconformidad por COLPENSIONES, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cuál es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto fue vencida, a su cargo deberán imponerse las costas; así mismo, en lo referente al monto es necesario agregar que no es esta la oportunidad procesal para pronunciarse al respecto, dado que el numeral 5° del artículo 366 señala que *“la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*.

En consecuencia, se deberá confirmar íntegramente la decisión adoptada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 30 de julio de 2020, y condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES al no haber prosperado sus recursos de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de fecha 30 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

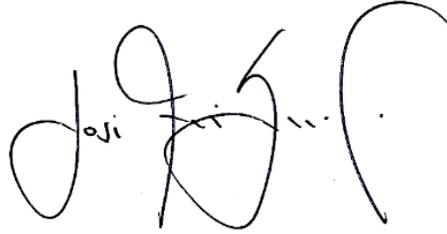
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho de segunda instancia a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de enero de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2019-00356 00
RADICADO INTERNO:	19.078
DEMANDANTE:	PATRICIA CECILIA ARAUJO MONTERROSA
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PORVENIR

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por PATRICIA CECILIA ARAUJO MONTERROSA contra COLPENSIONES, PORVENIR, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2019-00356-00, y Radicación interna N° 19.078 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la Sentencia del 03 de Agosto de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora PATRICIA CECILIA ARAUJO MONTERROSA, interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PORVENIR para que se declarara la nulidad absoluta del traslado del RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS a la AFP PORVENIR S.A. efectuado el 01 de agosto de 2000, como consecuencia de lo anterior el traslado la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES y a su vez, se ordenara recibir al afiliado sin solución de continuidad, como peticiones subsidiarias, solicitó declarar a las AFP demandadas, como responsables de perjuicios causados y en consecuencia, el pago de pensión de vejez en las condiciones en que hubiese recibido pensión si hubiese continuado en RPM.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que la actora, nació el día 01 de febrero de 1964, razón por la cual, cumple la edad de pensión de vejez en el 2021, que estuvo afiliada al RPM y cotizó 283 semanas, se trasladó al RAIS inicialmente administrado por la AFP PORVENIR S.A. el 01 de agosto de 2000, donde se encuentra actualmente, sin haber tomado la decisión de manera libre y voluntaria, refiere haber cotizado en ese régimen, más de 722 semanas, generando una suma superior a 1330 entre los dos regímenes.

Que el día 29 de agosto de 2019, elevó derecho de petición ante la AFP PORVENIR, solicitando la nulidad del traslado, no obstante, fue impróspera y en la respuesta, el día 12 de septiembre de 2019, entregó una simulación de pensión, donde se le hace una proyección de la mesada pensional a recibir en RAIS que asciende a \$ 1.096.900, y lo que debería recibir si estuviera en el RPM, con base en el IBL promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, equivalente a una mesada de

\$4.690.577, igualmente, que el día 26 de agosto de 2019, solicitó el traslado de régimen ante COLPENSIONES.

COLPENSIONES, contestó la demanda, aceptando únicamente los hechos referentes a la fecha de nacimiento del actor, los aportes realizados al RPM y la radicación de la solicitud de traslado, se opuso a todas las pretensiones principales y subsidiarias y fundamento su posición en que, al actor, le faltan menos de 10 años para pensionarse, estando incurso en lo establecido en el literal b) artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el literal e) modificado por la Ley 797 de 2003, propuso como excepciones de fondo: inexistencia del derecho para reclamar prestación económica, innominada, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación.

La A.F.P. PORVENIR, contesto la demanda, niega que hubiera vicio del consentimiento en su traslado porque su firma obra en el formulario para certificar su decisión libre y espontánea, pues la entidad informa a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual y se hacen los envíos de extractos trimestrales. Se opone a las pretensiones por estimar que no existe vicio que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado, y en todo caso solicita que se tengan en cuenta las restituciones mutuas, así como la equivalencia de lo ahorrado en semanas. Propone como excepciones la inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción e innominada.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 03 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“1) DECRETAR: LA NULIDAD E INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL QUE LA DEMANDANTE LA SEÑORA PATRICIA CECILIA ARAUJO MONTERROSA HIZO A LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS PORVENIR S.A. CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN. **2) CONDENAR:** A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., A DEVOLVER AL SISTEMA TODOS LOS VALORES QUE HUBIEREN RECIBIDO CON MOTIVO DE LA AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE, COMO COTIZACIONES, BONOS PENSIONALES, SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA CON TODOS SUS FRUTOS E INTERESES COMO LO DISPONE EL ART. 1746 C.C., ESTO ES CON LOS RENDIMIENTOS QUE SE HUBIEREN CAUSADO, EN VIRTUD DEL REGRESO AUTOMÁTICO AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA ADMINISTRADA POR COLPENSIONES. **3) ORDENAR:** A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES QUE UNA VEZ LAS ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., DE CUMPLIMIENTO A LO AQUÍ ORDENADO PROCEDA A ACEPTAR EL TRASLADO DE LA SEÑORA PATRICIA ARAUJO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, **4) SE CONDENARA:** A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. ASUMIR A SU CARGO LOS DETERIOROS SUFRIDOS POR EL BIEN ADMINISTRADO, EN CASO DE QUE SE HUBIESEN CAUSADO, ESTO ES, LAS MERMAS SUFRIDAS EN EL CAPITAL DESTINADO A LA FINANCIACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ, POR LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN EN QUE HUBIEREN INCURRIDO, LOS CUALES SERÁN ASUMIDOS DE SU PROPIO PATRIMONIO SIGUIENDO LAS REGLAS DEL ART. 963 C.C. TODO CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN A LA SENTENCIA., **5) DECLARAR:** NO PROSPERAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS, **6) COSTAS:** A CARGO DE LAS

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

Indicó que, el litigio se centro en establecer la viabilidad del regreso de la demandante al RPM administrado hoy por COLPENSIONES, al RAIS administrado por AFP PORVENIR S.A. en virtud de la ineficacia alegada por indebida información y vicio en el consentimiento con sus respectivas consecuencias en relación con el traslado de todos los valores percibidos.

Tuvo en cuenta sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Distrito Judicial de Cúcuta, dentro del proceso 2015-00062, demandante Maritza Galaviz Arámbula, contra AFP PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, el cual, fue negado por el despacho, no obstante, segunda instancia revocó en su totalidad la decisión, caso que es idéntico.

En dicha sentencia, concluyó el Tribunal con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al desatar dos problemas jurídicos que planteo en consideraciones, 1) si era procedente declarar nulidad de traslado de RPM al RAIS realizado por la demandante en su época y 2) si era viable y si puede promoverse en cualquier tiempo.

En la cual se hizo referencia al artículo 97 de la Ley 100 de 1993, artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, además apartes de la Sentencia SL 46292 de la Corte Suprema, Sala Laboral a propósito de la carga de la prueba de las AFP sobre deber de información al afiliado.

Con base en lo expuesto, para el caso en estudio, vistas las pruebas allegadas por los interesados, señaló que no existe prueba idónea que indique el cumplimiento del suministro de una veraz, completa y cierta información dada al momento del traslado al RAIS, encontró procedente declarar la nulidad del traslado. El despacho, acogió todos los lineamientos tenidos en cuenta por el superior, así como sus motivaciones en la sentencia traída a colación.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada PORVENIR S.A.

El apoderado de la A.F.P. PORVENIR interpone recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que el traslado se realizó el 01 de agosto dl año 200, fecha en la cual, se encontraba vigentes disposiciones como el Decreto 663 de 1993 que establecía una obligación de carácter genérico de las entidades del sistema financiero de dar información suficiente a usuarios para tomar decisiones de manera informada.

- El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que decía que la manifestación de voluntad debería ser libre y voluntaria, desarrollada por el artículo 12 del Decreto 662 de 1994, que establecía que para probar efectivamente el traslado fue acorde con disposiciones legales vigentes, se debía diligenciar un formulario de traslado, preimpreso por los fondos y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, manuscrito por los afiliados.

- Que, según ese panorama normativo, la AFP, en el año 2000, al realizar la afiliación, cumplido con las disposiciones antes citadas, siendo la única prueba que en su momento se exigió que era el formulario, además revisado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

- Que en el año 2008 la Corte Suprema de Justicia, elabora una línea jurisprudencial, en la cual impone a las AFP el cumplimiento de ese deber de información y establece una serie de particularidades que se debían cumplir so pena de adolecer de suficiente información, por lo cual, resultaba imposible para el año 2000, cumplir con cargas creadas en el año 2008.

- Considera que todos estos, son argumentos suficientes para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, se aparte de esa línea jurisprudencia, a partir del análisis de pruebas y con fundamento en principio de autonomía del juez.

- Que, en dicha jurisprudencia, se invierte la carga de la prueba, imponiendo a los fondos demostrar la adecuada información, lo que es un imposible para los fondos y se constituye en lo que denomina la doctrina procesal en una prueba diabólica.

- Que en la sentencia se cita el Decreto 656 de 1994, que simplemente reglamenta el funcionamiento de los fondos, pero de ninguna manera señala que se deba dar información a los usuarios de los fondos de pensiones de manera particular, lo que considera es una interpretación errada de la Sala Laboral de la Corte Suprema, aplicada por el Tribunal y replicada en la sentencia de primera instancia.

- Que el capital no tuvo merma alguna, por el contrario, genero un rendimiento, por lo tanto, considera injusto e inequitativo que se ordene el traslado a COLPENSIONES de los rendimientos generados por los fondos privados sin reconocer los gastos de administración, que no tienen otro motivo que como lo dice la Ley 100 de 1993 es retribuir el servicio prestado por fondos y cubrir gastos de operación, que, según Asofondos, puede ser superior al 73% adicional al capital.

- Citó artículo artículo 964 del código civil, pues debió tenerse en cuenta el gasto ordinario que se implementa para la inversión en productividad de los fondos, incluyéndose la orden de remitir al régimen de prima media los frutos que se causaron en favor de la administradora y los gastos de administración que estos implican, donde se retribuye el ejercicio para generar la rentabilidad de los ahorros, por lo cual, se considera que deben reconocerse a PORVENIR S.A.

- Que estimaría improcedente e inclusive un enriquecimiento injustificado en favor de COLPENSIONES, y un empobrecimiento de PORVENIR S.A.S., dado que la relación jurídica es un contrato de mandato, cuyo objeto es administrar una cuenta de ahorro individual, producir frutos para financiar una pensión, mandato que fue cumplido por las AFP convocadas, por lo cual es inequitativo no reconocer los gastos.

- Que en los demás gastos que se presume se ordena con la sentencia, tales como el pago de primas de seguros, sobre lo cual es difícil hacer la restitución, que es para cumplir unas contingencias por un tiempo, servicio que ya se prestó, por parte de unos terceros que no están vinculados al proceso, sobre lo que también considera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

3.2 De la parte demandada COLPENSIONES

La apoderada de COLPENSIONES presenta recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que no está conforme con la orden de recibir la afiliación de la demandante, pues no es posible aceptar su traslado dado que al actor le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión al momento en que se presentó la demanda, conforme dispone el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modifica el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

- Que la ineficacia del traslado, no resulta procedente pues para el momento en que el actor ejerció su afiliación lo hizo cumpliendo las leyes colombianas y en ejercicio de su derecho a libre elección de regímenes, siendo anterior a la Ley 1328 de 2009.
- Que COLPENSIONES, no tuvo intervención al momento de brindarle información al demandante para su traslado libre y voluntario, donde era el actor quien estaba en facultad de decidir qué fondo le favorecía más para su derecho a la pensión y conociendo que en el régimen privado se manejaban otras expectativas, debiendo actuar en defensa del fondo común.
- En relación con las costas, considera que no deben proceder por haber actuado de buena fe.

3.3 Del Ministerio Publico

El delegado del Ministerio Publico interpuso recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Manifiesta inconformidad de manera parcial frente a la sentencia, en lo que tiene que ver con lo referente a las mermas sufridas por el capital administrado, que, en la decisión, siguiendo la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ordenó que la AFP debe asumir las mermas limitándose a los gastos de administración.
- Que según el artículo 1746 del C.C., al volver las cosas a su estado anterior en virtud de la ineficacia, cada una de las partes intervinientes en las restituciones mutuas, se hace responsable de los deterioros que fue objeto de restitución, en este caso las cotizaciones.
- Que en el caso que nos ocupa, además de los gastos de administración, el deterioro se evidencia según el artículo 60 literal b) de la Ley 100 de 1993, en los gastos usados para pagar pólizas de seguro para pensión de sobrevivientes e invalidez.
- Por lo tanto, a COLPENSIONES debe llegar el capital indemne, que lo anterior, afecta un principio constitucional como es el de la sostenibilidad, dado se parte de la base de los recursos con los que cuenta el RPM administrado por COLPENSIONES, siendo asimétrico los ingresos, frente a las obligaciones a asumir al reconocer las prestaciones, por lo tanto, si las cotizaciones no llegan completas, se genera un desbalance que afecta sostenibilidad fiscal del sistema.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

La apoderada de la actora solicitó se confirmara la sentencia proferida, atendiendo a que si bien el traslado del 1 de agosto de 200 era aparentemente libre y voluntario no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad; exponiendo que no recibió esa información necesaria y pertinente para conocer los efectos de su decisión, generando la ineficacia por carecer de un consentimiento informado sobre su futuro pensional y así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, sin exigir afectación clara y concreta sobre un derecho consolidado pues la carga de la prueba

de la asesoría adecuada compete a las AFP, que es un deber constituido desde su creación.

• PARTE DEMANDADA:

La apoderada de COLPENSIONES solicita que se niegue la solicitud de traslado de la demandante pues se encuentra en el límite de edad de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y esta imposibilidad de orden legal imposibilita el reconocimiento pretendido; señala que el traslado goza de plena validez según las leyes colombianas y se ajustó a las disposiciones del literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que en todo caso correspondía al afiliado corroborar que su traslado correspondía a las expectativas pensionales que tenía. Que la ineficacia o nulidad de traslado es inoponible a terceros de buena fe como sería COLPENSIONES, y que debió declarársela excepción de prescripción.

El apoderado de PORVENIR S.A. solicita revocar la sentencia de primera instancia, ratificándose en los hechos y fundamentos de derecho expuestos inicialmente; indica que las pruebas no desacreditan que se brindó una asesoría adecuada a los requerimientos legales de la época del traslado; que conforme a la providencia SL19447 de 2017 la nulidad de traslado exige que se configure una lesión a los derechos pensionales y esto tampoco se demostró. Que la entidad informa debidamente a sus afiliados sobre las características del RAIS, incluyendo el envío de informes trimestrales y de campañas de comunicación como en 2004. En todo caso, señala que sobre las restituciones mutuas no comparte que se ordene a su totalidad, pues legalmente le corresponde mantener lo invertido para que se generaran frutos como es el concepto de gastos de administración y los descuentos legales que se destinan a financiarlos, siendo esta una orden que no tiene en cuenta las diferencias entre ambos regímenes y desconoce el trabajo de la entidad para generar rentabilidad, circunstancia que ha sido reconocida por la Superintendencia Financiera en concepto de 2019 derivado de una adecuada interpretación legal, por lo que si se mantiene esta orden se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa en detrimento de su actividad como administradora.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad e ineficacia del traslado de la señora PATRICIA CECILIA ARAUJO MONTERROSA del RPM al RAIS administrado por AFP PORVENIR S.A.? Así mismo, si esto implica la devolución de los gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES.

7. CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora PATRICIA CECILIA ARAUJO MONTERROSA, del RPM al RAIS, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradoras de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el juez de instancia concluyó, que era procedente declarar la ineficacia porque no se demostró por las demandadas que al momento de efectuar los traslados se suministrara al actor una información completa, cierta, comprensible y oportuna

sobre las consecuencias de su decisión, conforme exige tanto la Ley 100 de 1993 en sus decretos reglamentarios como el Estatuto del Sistema Financiero desde la creación de los dos regímenes, no siendo la firma del formulario prueba suficiente para convalidar el consentimiento debidamente informado que se requiere y ante lo cual, dispuso reintegrar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando a la AFP PORVENIR, reintegrar todos los valores adicionales descontados para garantizar la integralidad de los aportes a trasladar del actor.

Conclusión a la que se oponen las demandadas en sus respectivos recursos, argumentando PORVENIR que el consentimiento del actor está evidenciado en sus firmas de los formularios, que la restitución ordenada no cumple los parámetros legales dado que saldo y gastos de administración y otros descuentos por tratarse de valores legalmente descontados en su momento por la actividad propia de la administradora del Régimen de Ahorro Individual y COLPENSIONES reclama que no intervino en la decisión de trasladarse, y que el actor ya está en la edad para impedir su traslado entre regímenes y el Ministerio Público agrega que debió incluirse además de gastos de administración todos los conceptos del Literal b) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto por el cual se trasladó del RPM al RAIS, por el incumplimiento del deber de información a cargo de la AFP; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

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

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

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

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 del 24 de marzo de 1994, exigían de

estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

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

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

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

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

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

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba,

determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al RAIS está en cabeza de las A.F.P PORVENIR; pues argumenta la demandante que, suscribió el formulario luego de una información engañosa, sobre la inestabilidad del fondo público y las ventajas del privado, sin conocer sobre las características esenciales de ambos fondos y sin una proyección, advirtiendo apenas en 2019 (Fol. 10-13), la notoria diferencia entre la pensión que le hubiera correspondido de no haber efectuado el traslado.

Del expediente se puede evidenciar que la actora, se encontraba afiliada al RPM inicialmente en ISS hoy COLPENSIONES desde el 26 de julio de 1995 hasta que se perfeccionó el traslado al RAIS, donde alcanzó a cotizar 286 semanas (Fol. 2), igualmente, se vislumbra el formulación a través del cual se solicitó su vinculación a la AFP BBVA-HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. bajo el radicado No. 0695957 (Fol.78-80), además de la historia laboral del RPM (Fol. 7-9, 48) y del RAIS (Fol. 2-6, 85-100).

No obstante, a pesar de las recurrentes manifestaciones de las AFP demandadas, a propósito del traslado, libre y voluntario de la actora, ésta Sala de Decisión, al igual que lo hizo el A quo, arriba a la conclusión que, no obra pruebas al plenario que así lo demuestre, por lo cual, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, conociendo el actor hasta el año 2019, se reitera, la diferencia entre la mesada resultante de su ahorro en el RAIS y la que le hubiera correspondido en el RPM.

En ese orden, es claro, como así lo concluyo también el A quo, que se destaca la ausencia de prueba alguna que dé cuenta si PORVENIR S.A. previo a su traslado balido a la afiliada, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; ni que se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a las fechas indicadas se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado.

De acuerdo con lo explicado, en su momento, la AFP convocada, no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenían la carga de acreditar que así lo hizo, pero sobre el momento del traslado solo se aportaron los formatos de vinculación suscritos, advirtiendo que además de no aportarlos, en sus alegaciones, siempre manifestaron que son modelos pre-impresos, de lo cual, no se podría inferir con certeza que si fuera estudiada la situación pensional particular de la actora y ante ello se puede concluir que las demandadas no lograron acreditar

que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a la actora, donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Frente a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este argumento del apelante sobre que bastaba con el formulario ya que este había sido aprobado por la Superintendencia que los vigilaba, no está llamado a prosperar, pues este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

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

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta de la actora. Se ha concluido que las demandadas incumplieron con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió tanto en noviembre de 1994 como en el cambio de administradora posterior, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: *“...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...”*-

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

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

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

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

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

Por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A., deberá devolver completamente todas las prestaciones que 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 RPM administrado por COLPENSIONES.

Siguiendo este precedente, es posible establecer que no le asiste razón al apelante AFP PORVENIR pues, como señala la Corte, la declaratoria de ineficacia debe ser asumida por todas las entidades del régimen de ahorro individual en que estuvo vinculada la actora pues deben garantizar la integralidad del capital a reingresar en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos períodos de afiliación.

Igualmente, en lo que respecta al argumento del representante del Ministerio Público, considera esta Sala que si bien, los argumentos resultan plausibles, no se encuentra yerro en la decisión, como quiera que según la sentencia de primera instancia, la orden es clara, en el sentido de ordenar a las AFP convocadas en los numerales 3) y 4) a devolver todos los dineros percibidos, incluidos los conceptos de seguros y demás valores según los términos del artículo 60 literal b) de la Ley 100 de 1993.

Por último, respecto a lo planteado, en lo que respecta a las costas procesales, materia de inconformidad por COLPENSIONES, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cuál es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto fue vencida, a su cargo deberán imponerse las costas; así mismo, en lo referente al monto es necesario agregar que no es esta la oportunidad procesal para pronunciarse al respecto, dado que el numeral 5° del artículo 366 señala que *“la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*.

En consecuencia, se deberá confirmar íntegramente la decisión adoptada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 03 de agosto de 2020, y condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada PORVENIR, y COLPENSIONES al no haber prosperado sus recursos de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de fecha 03 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho de segunda instancia a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belén Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente

José Andrés Serrano Mendoza

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Elver Naranjo

ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de enero de 2021.

[Signature]

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial del Poder Público



Sala de Decisión Laboral

REF: PROCESO ORDINARIO
RADICADO: 54-001-31-05-002-2019-00420-01
DEMANDANTE: Marisol Herrera Colmenares
DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones
– COLPENSIONES–

Cúcuta, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Sería del caso resolver el recurso de apelación interpuesto por la activa en este proceso ordinario laboral promovido por **Marisol Herrera Colmenares** contra **COLPENSIONES**, pero a ello no se llegará, porque se evidencia que la actuación apelada fue proferida por un juez que carece de jurisdicción para tal determinación por lo que se pasa a exponer:

Al respecto, debe señalarse que si bien es cierto el numeral 4 del artículo 2 del CPTSS, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, entregó a la Jurisdicción Ordinaria Laboral una cláusula general de competencia sobre asuntos de la seguridad social, posteriormente, con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo (02 de julio de 2012), el numeral 4 del artículo 104 del mismo creó un factor de competencia subjetivo, así:

“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

(...)

4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. (subrayado fuera de texto)

Es claro así, que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa está instituida entre otros aspectos, para el juzgamiento de los conflictos relacionados con las relaciones laborales de naturaleza legal y reglamentaria, es decir, de los empleados públicos, y la seguridad social de éstos siempre que el administrador del régimen sea una persona de derecho público.

En el de marras, comoquiera que la intención de la demandante es la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio de conformidad con lo dispuesto en artículo 1° de la Ley 33 de 1985, cumple precisar que el a quo pasó de soslayo que la actora ostentó durante toda su vida laboral la calidad de empleada pública, es decir no sólo al momento de entrar en vigencia el nuevo sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, sino al realizar su última

cotización al sistema de pensiones y solicitar la pensión. Ello que se corrobora con el contenido de la historia laboral que reposa a folios 96 y 97 del expediente, en concordancia con las Resoluciones 011026 del 30 de octubre de 2018 y 001291 de 20 de febrero de 2019 expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN, de donde se extrae que desde el 24 de noviembre de 1992 y hasta la fecha de su última cotización 31 de enero de 2019, laboró al servicio de esa entidad a través de una relación legal y reglamentaria (Fls. 29 y 30, 142 y 143), aspecto que imposibilitaba estudiar sus súplicas en tanto esta jurisdicción carece de competencia para ello, máxime cuando aquella es beneficiaria del régimen de transición, ya que Colpensiones otorgó la prestación pensional de la que persigue su reliquidación, con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Téngase en cuenta que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, han coincidido en asentar que en tratándose de las reclamaciones pensionales de personas que ostenten la condición de empleados públicos beneficiarios del régimen de transición debe ser ventilada ante la jurisdicción contenciosa administrativa, como puede extraerse de las sentencias del 28 de febrero de 2006, radicación 26.690, citada en sentencias con radicación 26.649 de 30 de junio de 2006, y sentencia con radicación 29.775 de 15 de octubre de 2009 de la Corte Suprema de Justicia.

En relación con el criterio del Consejo de Estado puede verse la sentencia del 10 de septiembre de 2009, radicación interna 0475-2008, donde se adoctrinó que: “Bajo estos supuestos, se excluyen del conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral los regímenes exceptuados por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y los conflictos surgidos del régimen de transición de las pensiones de

jubilación de los empleados públicos en razón a la aplicación de normas anteriores”.

En el mismo sentido la Corte Constitucional sentencia T-064 de 2016, determinó que: *“tratándose de conflictos asociados a derechos pensionales en los que: (i) el solicitante tuvo la calidad de empleado público, (ii) se acogió al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y (iii) la entidad administradora tiene una naturaleza pública, al encontrarse vigente el Código Contencioso Administrativo, reformado por la Ley 1107 de 2006, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la llamada a adoptar la decisión que en derecho corresponda”*.

Así, dado que la actora es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que su vinculación con la DIAN fue legal y reglamentaria y que la entidad demandada, la cual administra el régimen pensional al cual la actora se encuentra afiliada es de derecho público, no hay duda de que lo que concierne al reconocimiento de la reliquidación pensional con fundamento en la Ley 33 de 1985, debe ser ventilado ante la jurisdicción contenciosa administrativa de conformidad con el artículo 104 numeral 4° del C.P.A.C.A. en donde reside su competencia, pues este asunto es ajeno del conocimiento de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral .

Corolario de lo dicho, es evidente que se configura la falta de jurisdicción para conocer del presente asunto, por lo que así se declarará en tanto ello no es susceptible de saneamiento dada su improrrogabilidad, de manera que se impone declarar oficiosamente la nulidad de la sentencia conforme lo señalado en el artículo 16 del CGP remitiendo el proceso a los JUECES ADMINISTRATIVOS DEL CIRCUITO DE CÚCUTA (Reparto), para que asuman su conocimiento, clarificando que lo actuado hasta antes del fallo conserva su validez.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del presente proceso ordinario laboral promovido por Marisol Herrera Colmenares contra COLPENSIONES, clarificando que lo actuado hasta antes del fallo conserva su validez.

SEGUNDO: DECLARAR la falta de jurisdicción para conocer del presente asunto y en consecuencia, REMITE el proceso a los JUECES ADMINISTRATIVOS DEL CIRCUITO DE CÚCUTA (Reparto), para que asuman su conocimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

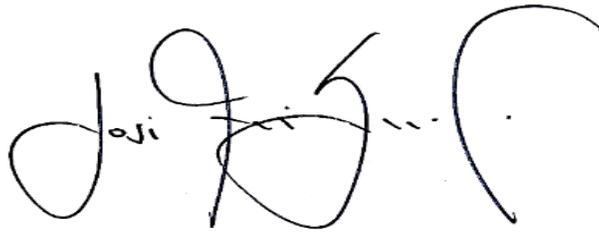
Los Magistrados,



ELVER NARANJO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 29 de enero de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	EJECUTIVO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2016-00008-00
RADICADO INTERNO:	18.712
DEMANDANTE:	PORVENIR S.A.
DEMANDADO:	TULIO EDUARDO DUQUE PRECIADO

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso EJECUTIVO promovido por PORVENIR S.A. contra el señor TULIO EDUARDO DUQUE PRECIADO, radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2016-00008-00, y radicación interna N° **18.712** de este Tribunal Superior, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra del auto del 24 de julio de 2019, que resolvió las excepciones propuestas, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La A.F.P. PORVENIR S.A. presentó demanda ejecutiva para que se librara mandamiento de pago a su favor y en contra del señor TULIO EDUARDO DUQUE PRECIADO, por la suma de \$16.952.023 por concepto de cotizaciones pensionales obligatorias dejadas de pagar como empleador para los períodos de septiembre de 1994 a septiembre de 2015, según se le notificó en comunicación del 8 de octubre de 2015 junto a la liquidación de aportes, más los intereses moratorios causados por cada período adeudado según los trabajadores incluidos en la comunicación, las sumas generadas por concepto de fondo de solidaridad pensional y sus intereses moratorios.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, señala que PORVENIR S.A. es una administradora de fondo de pensiones que tiene entre sus obligaciones realizar el cobro por incumplimiento de las cotizaciones obligatorias por aportes pensionales a empleadores que incurren en mora; que en este caso 10 trabajadores del empleador fueron identificados con períodos de mora, relacionados en la liquidación con sus respectivos aportes que inicialmente arrojó una suma de \$17.190.137 por el cual se remitió el cobro prejudicial constitutivo de título ejecutivo y si bien la deuda ha disminuido, no ha sido cancelada en su totalidad.

Mediante auto del 21 de enero de 2016, se libró mandamiento de pago en los términos solicitados por el demandante y se decretaron medidas cautelares de embargo y retención de sumas de dinero.

El demandado TULIO EDUARDO DUQUE PRECIADO contestó a los hechos que no existe la mora deprecada, pues los aportes que se cobran en los períodos del título ejecutivo fueron cancelados a los diferentes fondos donde estaban afiliados los trabajadores entonces: en el caso de María Magdalena Pabón Acevedo, Martha Inés Romero Sánchez y Myriam Stella Pabón Acevedo era el ISS-COLPENSIONES y de Zaray Villán Buendía era PROTECCIÓN. Agrega que en el caso de los trabajadores Ana Marilce Parra Sevilla, María Teresa Campo Quintero, Martha Inés Romero Sánchez y Myriam Stella Pabón Acevedo hay períodos cobrados en que no hubo contrato de trabajo y de los señores Jackeline Gelvez Neira, Jaime Alonso Cubillos Orozco y Ludi Amanda Sevilla no aparecen registrados como trabajadores en sus archivos. Señaló que nunca recibió el requerimiento, pues la que aparece recibiendo ZORAIDA ROMERO según planilla no era trabajadora del señor Tulio Duque sino de Luz Oneida Ortega Amaya, por lo que no estaba facultada para recibir y también señala que la funcionaria que firma el título no es la representante legal de la demandante. Propone como excepciones NULIDAD ABSOLUTA DEL TÍTULO EJECUTIVO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LOS APORTES y PRESCRIPCIÓN.

2. PROVIDENCIA IMPUGNADA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra del auto del 24 de julio de 2019 proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, que resolvió declarar la falta de exigibilidad de la obligación y revocar el mandamiento de pago, levantando las medidas cautelares ordenadas.

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que las Administradoras de Pensiones tienen la obligación legal de adelantar las gestiones de cobro de aportes no cancelados por el empleador, conforme los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993, reglamentado en el Decreto 2633 de 1994, donde se establecen los procedimientos para constituir en mora al empleador y adelantar posteriormente el cobro ante la jurisdicción ordinaria.

- Señala , que siguiendo este trámite, cuando el empleador recibe la constitución en mora tiene 15 días para pronunciarse so pena de que este preste mérito ejecutivo, sin perjuicio de lo cual es imposible trasladar las consecuencias negativas al trabajador de la mora y por ende es el empleador quien debe garantizar las cotizaciones para financiar la pensión de vejez; por lo que, propuesta como excepción la nulidad absoluta del título y la falta de su exigibilidad, procede a analizar estas manifestaciones.

- Explica, que el título ejecutivo para el cobro de aportes se constituye en la liquidación de lo adeudado, elaborada por el respectivo fondo de pensiones y notificada al empleador, adquiriendo mérito ejecutivo tras los quince días del requerimiento; de esta manera, se trata de un título especial, proveniente

del acreedor y no del deudor, debiendo cumplir con los parámetros legales para evitar una nulidad o falta de exigibilidad sin perjuicio de la existencia de la obligación, refiriendo en este caso también el demandado que hubo periodos ya pagados y otros no causados.

- Resalta, que por su configuración la constitución del título ejecutivo en casos como el presente requiere de cuidados especiales, dado que la liquidación no debe ofrecer manto de duda y debe relacionar los valores adeudados por cada trabajador en los periodos en mora; señalando que cuando se presentó la demanda se libró el mandamiento porque se avizoró la existencia de una liquidación detallada y presentada al deudor, sin que se interpusiera recurso de reposición contra ese auto, sino que mediante las excepciones se oponen a su cobro por carecer de exigibilidad producto de que no se realizó el requerimiento al empleador, nunca lo recibió y de allí se reclama su revocatoria.

- Defiende el demandado que la persona que recibió el requerimiento, Zoraida Romero Ortega, no laboraba para él en octubre-noviembre de 2015 y acompaña su afirmación de la nómina que cancelaba en seguridad social ante ASOPAGOS, donde obra que la citada señora era empleada de la particular LUZ ONEIDA ORTEGA AMAYA quien tiene su propio registro mercantil, siendo su objeto social el mismo que el del demandado y demostrado como está que no laboraba para el actor, señala que era carga de la prueba del demandante demostrar que entregó el documento pues la negación indefinida como “no recibió” no puede ser demostrada; agregando que se solicitó el testimonio de la señora Romero, pero no acudió a las citaciones elevadas y ante ello está demostrado que la persona que recibió el requerimiento no laboraba para el demandando.

- Concluye que si bien inicialmente se libró mandamiento por obrar prueba de la entrega del requerimiento, se demostró que aunque fue remitido al lugar correcto fue recibido por una persona ajena a la empresa del demandado y esto implica la nulidad de todas las actuaciones de cobro, pues mientras no se haya recibido o efectuado el requerimiento no se hace exigible la obligación, lo cual era uno de los cuidados especiales que debía tenerse al constituir el título ejecutivo.

- En esa medida, señala que al no haberse recibido el requerimiento no corrieron los 15 días para la exigibilidad de la obligación allí contenida, sin perjuicio de que no se hubiera interpuesto el recurso de reposición, dado que es un requisito de conformación del título para que su obligación sea clara, expresa y exigible; lo que, aclara, no signifique la inexistencia de la obligación, sino que el procedimiento de cobro que se pretende convalidar no se ajustó a los requisitos legales en la presente oportunidad.

3. RECURSO DE APELACIÓN

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

- Que existe una obligación clara, expresa y exigible pues si se cumplieron todos los requisitos exigidos para constituir un título ejecutivo de carácter complejo y especialísimo como el presente, como es la liquidación de aportes de manera correcta, la notificación en el domicilio registrado para su actividad comercial para lo que no se establece que deba ser recibido por un trabajador

de ese patrono, lo que es una apreciación equivocada del juzgador quien se extralimita en su decisión.

- Que nunca se afectó el derecho de defensa del ejecutado, pues desde el principio tuvo la oportunidad de oponerse al título base de ejecución pero nunca lo hizo y solo al contestar la demanda solicita la nulidad absoluta, que no resulta procedente en este asunto.

- Que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el derecho sustancial prima sobre el procesal, máxime cuando se refiere a afectación de derechos de trabajadores y de su seguridad social.

4. ALEGATOS

En auto del 11 de diciembre de 2020 se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión, ahora si bien en el mismo se incurrió en un error al conceder el primer turno a la parte demandada pese a que el apelante era el ejecutante, este solo fue advertido por el ejecutado en escrito radicado el 20 de enero de 2021 ya estando ejecutoriada la providencia en cuestión; por ende, pese a tratarse de una irregularidad procesal, la misma se encuentra saneada y no hay lugar a nulidad alguna pues la etapa sí se surtió, conociendo las partes el auto mediante notificación por estado sin interponer los recursos oportunamente.

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

- **PARTE DEMANDANTE:** El apoderado de la entidad actora solicita que se revoque la sentencia proferida y se disponga seguir adelante con la ejecución del mandamiento de pago, pues conforme a las normativas vigentes es una obligación de las administradoras garantizar el recaudo efectivo de los aportes de los trabajadores y en este asunto PORVENIR persigue el cobro efectivo de los aportes en mora por parte del demandado; se opone a que se confirme lo resuelto pues la notificación rechazada por el *a quo* es legal, fue debidamente recibida en la dirección registrada y la norma no consagra que deba ser recibido por un representante o funcionario de la empresa, cumpliéndose con el requisito para constituir una obligación clara, expresa y exigible.
- **PARTE DEMANDADA:** No presentó alegatos de conclusión.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Se encuentra debidamente acreditada la excepción de falta de exigibilidad de la obligación propuesta por TULIO EDUARDO DUQUE PRECIADO respecto de

los conceptos que se afirman como adeudados por A.F.P. PORVENIR S.A. y que están contenidos en título ejecutivo visto a folios 13-15?.

7. CONSIDERACIONES

Con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto a consideración de esta Sala de Decisión, contra el auto que resolvió las excepciones de mérito, es necesario advertir que el presente proceso ejecutivo tiene como origen la solicitud de mandamiento de pago de PORVENIR S.A. en contra del señor TULIO DUQUE PRECIADO, para que en su calidad de empleador responda por la mora en el pago de aportes a pensión de 12 trabajadores en diferentes períodos de tiempo, por un total adeudado de \$16.952.023 más intereses de mora.

Al resolver las excepciones propuestas, el juez a quo resolvió revocar el mandamiento de pago al encontrar demostrada la falta de exigibilidad de la obligación, por no haberse notificado debidamente el requerimiento al empleador conforme exige el Decreto 2633 de 1994 pues se demostró que quien firmó la entrega no era trabajadora del demandado, sino de un tercero; a lo que se opone el ejecutante, quien estima haber cumplido con todos los requisitos para la conformación del título ejecutivo y que no podía en esta instancia el *a quo* analizar estos, extralimitándose tanto en su análisis como en su conclusión.

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

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

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

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

De esta normativa se desprende que el título ejecutivo en los casos donde se persigue el pago de aportes en mora es complejo, en la medida que se conforma de tres documentos: el requerimiento al empleador para constituirle en mora, la constancia de entrega del mismo y la liquidación elaborada por la

administradora de pensiones; por lo que una vez acreditados estos requisitos formales se puede establecer la existencia de un título ejecutivo, suficiente para librar mandamiento de pago.

Basado en lo anterior, el presente proceso ejecutivo encuentra su origen en la afirmación de PORVENIR S.A. de que el empleador TULIO EDUARDO DUQUE PRECIADO adeuda una serie de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, lo que respalda en los documentos vistos a folios 3 al 15 así: liquidación de las cotizaciones adeudadas (Fol. 3-12), requerimiento realizado al empleador – Oficio del 8 de octubre de 2015 – con liquidación anexa y constancia de entrega de servicio postal cotejado (Folio 13-15) y certificado de matrícula de persona natural del señor DUQUE PRECIADO; es decir, que la obligación reclamada por PORVENIR S.A. está respaldada por la pluralidad de documentos antes identificados y de cuya unidad jurídica emerge un mérito ejecutivo legalmente reconocido en las normas en cita.

De allí que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta inicialmente decidiera librar mandamiento de pago; no obstante, notificado el demandado propuso la excepción NULIDAD ABSOLUTA DEL TÍTULO EJECUTIVO argumentando que nunca recibió el requerimiento, pues la que aparece recibiendo ZORAIDA ROMERO, según planillas anexas no era trabajadora del señor Tulio Duque sino de Luz Oneida Ortega Amaya y que como se trataba de un establecimiento de comercio abierto al público, se debió cerciorar el notificador de entregarlo a quien estuviera facultado para recibir pues el demandado nunca se enteró de la existencia de dicho requerimiento; argumentos que finalmente convalidó el *a quo* al estimar que el ejecutado demostró que la firma de quien recibió no correspondía a alguien bajo su subordinación.

Contra esta conclusión se elevan dos argumentos: en primer lugar, que no era el momento adecuado para valorar la exigibilidad del título ejecutivo y en segundo lugar, que se remitió adecuadamente y recibió el documento en el domicilio registrado comercialmente por el empleador.

Sobre el primer argumento, a partir de la jurisprudencia tanto de la Sala de Casación Laboral (STL 835-2018, STL 10114- 2018) como de la Sala Civil (STC 11422-2019), se deriva que el control oficioso de legalidad no ha desaparecido del ordenamiento jurídico cuando este se realiza sobre los requisitos de fondo o sustanciales del título ejecutivo, en la medida en que el artículo 430 del CGP proscribire una revisión posterior pero de los requisitos de **forma** mas no de los sustanciales. Así, frente a dicho control la Sala Civil señaló: *“el juzgador tiene el deber oficioso, aun en la sentencia, de volver a la revisión del cumplimiento de los presupuestos de los títulos base de ejecución (tal como lo ha sostenido la jurisprudencia, incluso, en vigencia del Código General del Proceso), pese a no ser objeto de reparo por las partes, por lo que tal afrenta no constituye un menoscabo de garantías.”*

Sobre la posibilidad de aplicarla, en providencia STC3298 de 2019, se reitera la conclusión de providencia STC18432 de 2016, que dice: *“todo juzgador, no cabe duda, está habilitado para volver a estudiar, **incluso ex officio y sin límite en cuanto atañe con ese preciso tópico**, el título que se presenta como soporte del recaudo, pues tal proceder ha de adelantarlo tanto al analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio impartida cuando la misma es de ese modo rebatida, como también a la hora de emitir el fallo con que finiquite lo atañadero con ese escrutinio judicial, en tanto que ese es el primer aspecto relativamente al cual se ha de pronunciar la jurisdicción, **ya sea a través del***

juez a quo, ora por el ad quem”.

Respecto de la distinción entre requisitos formales y sustanciales o de fondo, la Sentencia SU 041 de 2018 de la Corte Constitucional señaló sobre el particular:

“el título ejecutivo debe reunir unas condiciones formales y sustanciales para generar la orden pretendida. Las primeras, dan cuenta de la existencia de la obligación y tienen como finalidad demostrar que los documentos o su conjunto: i) son auténticos; y ii) emanan del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o de otra providencia que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, es decir, que tengan la entidad de constituir prueba en contra del obligado.

*Por su parte, **las condiciones sustanciales** se refieren a la verificación de que las obligaciones que dan lugar **a la pretensión de ejecución sean expresas, claras y exigibles**. De esta manera, la obligación es expresa cuando aparece manifiesta de la redacción misma del título; en otras palabras, aquella debe constar en el documento en forma nítida, es decir, debe contener el crédito del ejecutante y la deuda del obligado, sin necesidad de acudir a elucubraciones o suposiciones. Es clara cuando además de ser expresa, aparece determinada en el título, es fácilmente inteligible y se entiende en un solo sentido. Finalmente es exigible cuando puede demandarse su cumplimiento por no estar sometida a plazo o a condición.”*

Así, bajo estos parámetros, se tiene que tal control de legalidad es procedente cuando se trata de la revisión de los requisitos sustanciales o de fondo del título ejecutivo como lo son que contenga una obligación clara, expresa y exigible.

En este asunto, abordando así el segundo argumento, se advierte que el debate se centra en si se puede afirmar como recibido el requerimiento remitido por la AFP al demandado y con ello, al no obrar prueba de que en los 15 días siguientes se presentara pronunciamiento del empleador, si el título se entiende debidamente conformado para ser exigible por la vía ejecutiva.

Como se enunció, entre las pruebas se aportó el oficio del 8 de octubre de 2015 dirigido por la dependiente de cobro de PORVENIR S.A. al señor TULIO EDUARDO DUQUE PRECIADO, respecto de su mora como empleador por los siguientes trabajadores y períodos:

Trabajador	Período	No. Meses	Total (sin intereses)
Ana Marilce Parra Sevilla	Febrero a Julio de 2000 y Febrero de 2002 a Diciembre de 2006	65	\$3.275.907
Angelica Besabeth García Cárdenas	Septiembre de 2015	1	\$103.096
Jackeline Gelvez Neira	Febrero de 2002	1	\$38.610
Jaime Alonso Cubillos Orozco	Febrero de 2002 a Julio de 2003	18	\$748.701
Ludi Amanda	Enero de 1996, Enero a	5	\$116.367

Sevilla	febrero de 1997, Diciembre de 1997 y Julio de 1998		
María Magdalena Pabón Acevedo	Septiembre de 1998	1	\$27.517
María Teresa Campo Quintero	Noviembre de 1998 a Julio de 2001 y Noviembre de 2001 a Octubre de 2004	69	\$2.748.903
Martha Inés Romero Sánchez	Agosto de 1998, Octubre a diciembre de 1998, Febrero a noviembre de 1999, Marzo de 2000 a octubre de 2005, Diciembre de 2005 a diciembre de 2008, Febrero a Julio de 2009, Septiembre de 2009, Junio a Julio de 2010, Septiembre de 2010 a Julio de 2012, Septiembre a noviembre de 2012 y Septiembre de 2015	155	\$9.075.427
Myriam Stella Pabón Acevedo	Marzo de 1996 y Octubre de 1997 a noviembre de 1998	15	\$391.537
Natan Heli Castro Jaimés	Septiembre de 2015	1	\$103.096
Rosa Cecilia Palacios	Enero de 1996, Enero a febrero de 1997, Diciembre de 1997 y Julio de 1998	5	\$116.367
Zaray Villan Buendía	Septiembre de 1994 y Noviembre de 1994 a diciembre de 1996.	27	\$444.609

Con este oficio y su liquidación anexa se aportó un certificado de entrega de la empresa de mensajería INTER RAPIDISIMO S.A., donde consta que el 10 de octubre de 2015 fue entregado en la Calle 9 No. 3-51 Centro de Cúcuta y firma como recibido por ZORAIDA ROMERO ORTEGA – C.C. 37.341.951; dirección que coincide con la de notificaciones judiciales registrada en la matrícula mercantil del señor TULLIO DUQUE, conforme es su obligación en los términos del artículo 19 del Código de Comercio.

Para controvertir la validez de esta entrega, el demandado aporta como prueba una consulta de ASOPAGOS S.A. (Fol. 72) donde consta que la señora ZORAIDA ROMERO ORTEGA para octubre y noviembre de 2015 reporta como empleadora a la señora LUZ ONEIDA ORTEGA AMAYA, quien es una persona natural con su propia matrícula mercantil, compartiendo con el demandante solo su actividad económica: “*Elaboración de productos de panadería*”.

Estima la Sala que no le asiste razón al juez *a quo* cuando concluye que esto es suficiente para invalidar la entrega de mensajería certificada; en primer lugar, porque la afirmación de que por existir prueba de un contrato de trabajo

de quien firma la entrega con otro empleador descarta la existencia de otros contratos vigentes con otros empleadores, es una inferencia lógica equivocada, pues parte de la premisa de que no pueden coexistir contratos de trabajo contrariando el artículo 26 del C.S.T. que permite mantener diferentes contratos con múltiples empleadores salvo cláusula de exclusividad, lo cual no se probó.

Además, se puede verificar en el registro mercantil de la señora ORTEGA AMAYA que su dirección para notificaciones coincide con su único establecimiento de comercio: Av. 5 No. 12-96 Centro (Panadería y Bizcochería ONE), completamente diferente a la del actor y que no da lugar a suponer un error o confusión en la entrega.

Resultaban así insuficientes las afirmaciones y pruebas del demandado para invalidar la actividad de la empresa de mensajería, quien cumplió con entregar el documento en la dirección registrada por el comerciante y ante ello, se advierte como efectivamente entregado el requerimiento el 10 de octubre de 2015 al señor TULLIO DUQUE PRECIADO, quien al no haberse pronunciado dentro de los 15 días siguientes contra la liquidación anexa, le confirió la exigibilidad de que trata el artículo 5° del decreto 2633 de 1994.

Es necesario aclarar, que en anteriores pronunciamientos la Sala ha negado la solicitud de librar mandamiento de pago cuando el certificado de la empresa de mensajería deja constancia de no entregado, dirección equivocada o no reside; situación que no se presenta en este caso, pues se evidencia que la mensajería fue remitida y recibida en la dirección legalmente registrada ante Cámara de Comercio, por lo que es prueba suficiente de su entrega y por tanto, de la constitución del título ejecutivo complejo que sostiene el mandamiento de pago.

Por lo anterior, se revocará la decisión que declaró probada la excepción de falta de exigibilidad de la obligación y, por no haberse analizado en primera instancia, se revisarán las siguientes excepciones propuestas para establecer si procede declarar el pago, inexistencia y prescripción de las obligaciones reclamadas.

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

Estas condiciones sustanciales, según Sentencia T-747 de 2013, *“exigen que el título ejecutivo contenga una prestación en beneficio de una persona. Es decir, que establezca que el obligado debe observar a favor de su acreedor una conducta de hacer, de dar, o de no hacer, que debe ser clara, expresa y exigible. Es **clara** la obligación que no da lugar a equívocos, en otras palabras, en la que están identificados el deudor, el acreedor, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan. Es **expresa** cuando de la redacción misma del documento, aparece nítida y manifiesta la obligación. Es **exigible** si su cumplimiento no está sujeto a un plazo o a una condición, dicho de otro modo, si se trata de una obligación pura y simple ya declarada.”*

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

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

Dentro del presente asunto se reclaman los aportes pensionales de 12 trabajadores del actor, señalando el empleador demandado que hay períodos pagados a otras administradoras, períodos que no coinciden con los contratos de trabajo y otros que no fueron sus trabajadores; por lo que se procede a revisar cada caso, conforme a las pruebas aportadas por el demandado y solicitadas en la etapa probatoria:

a. Angélica Besabeth García Cárdenas y Natan Heli Castro Jaimes

De manera preliminar se advierte que, aunque en la liquidación enviada al demandado a folio 15 por total de \$17.190.137 se reclama el período de septiembre de 2015 para las trabajadoras Angélica Besabeth García Cárdenas y Natan Heli Castro Jaimes; no obstante, al solicitar que se libere mandamiento de pago en la demanda se aclara que el valor adeudado es \$16.952.023 al momento de demandar y que se corresponde con el detallado entre folios 3 al 12, donde se omite a estas dos trabajadoras.

Por lo que se concluye que el mandamiento librado no incluye estos conceptos, como puede evidenciarse al no suscitarse mención alguna a estas trabajadoras en la contestación.

b. Ana Marilce Parra Sevilla

Conforme el título ejecutivo, se reclaman 65 meses correspondientes a Febrero a Julio de 2000 y Febrero de 2002 a Diciembre de 2006; se refiere en la contestación que esta trabajadora mantuvo contrato hasta el 30 de enero de 2002 y por ende el período de 2002 a 2006 no es exigible por no existir relación laboral.

Como prueba de esta afirmación, a folio 75-76 obra copia de documento suscrito por ANA MARILCE PARRA SEVILLA autenticado ante Notaría Tercera del Círculo de Villavicencio, dirigido al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, donde afirma que su contrato con el demandado subsistió de marzo

de 1994 a enero de 2002 y que desde febrero de 2002 laboró para ZORAYA DE BELÉN PABÓN RAMÍREZ.

De conformidad con el artículo 262 del C.G.P., “*Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación*”, por lo que en este caso al no solicitarse la ratificación por la parte demandada al descorrer las excepciones, es plena prueba proveniente de la trabajadora de que no existió relación laboral con el demandado entre febrero de 2002 y diciembre de 2006.

De conformidad con el artículo 17 de la ley 100 de 1993, existe obligatoriedad de efectuar las cotizaciones por parte de los afiliados, empleadores y contratistas al sistema general de pensiones “*durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios*”; de manera que en principio, al no existir entre la señora PARRA SEVILLA una relación laboral como trabajadora del señor TULLIO DUQUE, este no adquiere la obligación de efectuarles cotizaciones al sistema de pensiones.

Bajo esta interpretación, la causa de la obligación o el origen de las cotizaciones reclamadas a TULLIO DUQUE PRECIADO es la relación laboral que reportaba tener con la citada trabajadora, y demostrado que la misma no existe para el período de 2002 a 2006, mal podría entenderse como causada una obligación cuya naturaleza legal es precisamente la vigencia de una relación laboral y ante ello el título carece del requisito sustancial de contener una obligación vigente exigible al empleador.

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

Además en la reglamentación del recaudo de aportes al sistema general de seguridad social integral, no solo no existe una norma equivalente a la leída anteriormente que aplique al sistema general de pensiones, sino que por el contrario el inciso final del artículo 31 del decreto 326 de 1996, modificado por el artículo 23 del decreto 1818 de 1996, expone que “*En ningún caso, los procedimientos de corrección podrán autorizar afiliaciones retroactivas. Las desafiliaciones retroactivas únicamente se permitirán como corrección anexando las pruebas que lo demuestren*”; norma que, como señala el apoderado recurrente, permite registrar una novedad de retiro no reportada a tiempo siempre que se demuestre con la prueba adecuada, que en este caso es la manifestación proveniente de la trabajadora.

En consecuencia, se declarará probada la excepción de inexistencia de la obligación del período de Febrero de 2002 a Diciembre de 2006 por demostrarse que para este lapso ya no se mantuvo la obligación de aportar a pensión.

Sería del caso ordenar seguir adelante respecto del período de febrero a julio de 2000, si no se observara como propuesta la excepción de prescripción; sobre la aplicación de la prescripción a estos asuntos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia STL3387 de 2020 explicó:

“con base en la normatividad referida, es innegable que el propósito del legislador no era el de dejar a discreción de las entidades administradoras de pensiones, el término para ejercer y adelantar la acción ejecutiva, como quiera que, primero, ello iría en contra de la misma eficiencia y cuidado que se exige a las administradoras en el manejo de los aportes pensionales, y, segundo, porque la incuria y negligencia de la administradora pondría en riesgo el sistema de seguridad social en pensiones, y eventualmente la misma pensión del trabajador.

Así las cosas, concluye esta Sala que la entidad administradora de pensiones, no puede hacer exigibles en cualquier tiempo, todos aquellos aportes que el empleador debió haber cotizado por efecto de las vinculaciones contractuales del afiliado durante toda su vida laboral, pues de aceptarse que la acción de cobro que debe adelantar la AFP frente al empleador moroso de los aportes al sistema general de pensiones, es de carácter imprescriptible, se desconocería la finalidad de las diferentes facultades de fiscalización, de control, acciones precoactivas y coactivas, otorgadas por el legislador a dichas entidades, a efectos de hacer efectivo el pago de los aportes por parte del patrono renuente.

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

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

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

En el presente asunto, se advierte que estando debidamente inscrita ante la administradora de pensiones la trabajadora para el momento en que se causó la mora, cada obligación mensual del empleador de aportar a pensiones causada entre febrero y julio de 2000 tenía cinco años para ejecutarse oportunamente, pues se hacía exigible a mes vencido y la administradora tenía conocimiento inmediato de la causación de la mora. No obstante, como el cobro directo se presentó hasta el año 2016, para ese momento estaba vencido el término pues transcurrieron más de 15 años desde la exigibilidad del último mes, julio de 2000, y por ende hay lugar a declarar probada la prescripción del

cobro de los aportes, aclarando que las consecuencias no pueden imputarse a la trabajadora sino a la AFP que dejó de cobrar en tiempo el período respectivo.

c. Jackeline Gelvez Neira, Jaime Alonso Cubillos Orozco, Ludi Amanda Sevilla y Rosa Cecilia Palacios

Conforme al título ejecutivo conformado, respecto de estos cuatro trabajadores se adeudan diversos períodos a lo que contesta el demandado que revisados sus archivos no se encuentra respaldo de que haya existido relación laboral con estos y así lo certifica la Contadora CLAUDIA CAROLINA BARRIOS URBINA en documento visto a folio 152.

No obstante, se solicitó como prueba a COLPENSIONES el historial de cotizaciones de las trabajadoras LUDI AMANDA SEVILLA y ROSA CECILIA PALACIOS, que obran a folios 293 a 304 y 287 a 292 respectivamente, donde se puede constatar la realización de aportes en la década de 1990 a ambas señoras por parte del demandado; lo cual desmonta la veracidad de dicho informe de contador profesional, pues queda claro que los archivos revisados no contienen la información completa del histórico de trabajadores del demandado.

Revisados estos períodos, además, es posible observar que para el caso de las señoras SEVILLA y PALACIOS no se consignaron los períodos enunciados en la liquidación demandada; por lo que, al no demostrarse la inexistencia de la obligación, se trata en los cuatro casos señalados de cobros exigibles. No obstante, y como sucedió en el caso anterior, se trata de períodos causados entre los años 1996 y julio de 2003, por lo que nuevamente al tener pleno conocimiento de una mora de afiliada inscrita y no haber actuado en el cobro oportuno pues desde el último período transcurrieron más de trece años para hacer exigible por parte de la Administradora de Pensiones su cobro, respecto de los mismos se declarará probada la excepción de prescripción.

d. María Magdalena Pabón Acevedo

Según el título ejecutivo aportado, respecto de la señora Pabón Acevedo se persigue únicamente el aporte de septiembre de 1998 y el demandado señaló que por esta trabajadora se realizó el pago el 8 de octubre de 1998 al ISS por valor de \$6.420 y se realizó novedad de retiro el 7 de septiembre de 1998 por terminación del contrato de trabajo.

Esta afirmación está respaldada por el documento visto a folio 78, que se corresponde con una Planilla de aportes a seguridad social del SEGURO SOCIAL y es posible encontrar entre las trabajadoras a la señora PABÓN ACEVEDO, con la novedad de RETIRO y cancelando únicamente 7 días por el mes de septiembre de 1998; por lo que, efectivamente se canceló el mes respecto del número de días en que se generó la obligación de cotizar y ante ello, se declarará probada la excepción de inexistencia de la obligación por esta afiliada.

e. María Teresa Campo Quintero

Conforme a la liquidación ejecutada, se reclama por esta afiliada un total de 69 meses correspondiente a Noviembre de 1998 a Julio de 2001 y Noviembre de 2001 a Octubre de 2004; a lo que se opone el demandado advirtiendo, que el primer contrato de la actora finalizó en diciembre de 1998 y por ende rechaza el período inicial, y que si bien la actora fue nuevamente vinculada el 25 de

mayo de 2001 esta relación finalizó el 24 de septiembre de 2001, por lo que tampoco adeuda el segundo período.

Como prueba de sus afirmaciones adjunta la planilla de autoliquidación de aportes con la novedad de retiro del 1 de diciembre de 1998, vista a folio 80, donde efectivamente se reporta esta situación en la planilla del I.S.S. y en folios 80-81 se anexó el documento de terminación de mutuo acuerdo suscrito por ambas partes el 24 de septiembre de 2001 y la liquidación final de prestaciones; de manera que, no existe obligación legal de cubrir los períodos del 2 de diciembre de 1998 al 25 de mayo de 2001 y de noviembre de 2001 a octubre de 2004, respecto de los cuáles se declarará probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Al mantenerse exigibles los períodos de noviembre de 1998 y del 25 de mayo a julio de 2001, se advierte que también al tener pleno conocimiento de la mora desde el momento de su causación y no haber adelantado oportunamente el cobro respectivo, pues desde el último período transcurrieron más de 14 años para reclamarlos, sobre estos se declarará probada la excepción de prescripción.

f. Martha Inés Romero Sánchez

Respecto a esta trabajadora, se afirma que se adeuda un total de 155 meses y sobre los mismos se opone el demandado por diferentes razones que se discriminan así: respecto de los períodos de 1998 y 1999 que realizó las cotizaciones al ISS y que desde marzo de 2000 no tiene el deber de consignar porque ya no existía contrato de trabajo.

Al respecto, aportó carta suscrita por MARTHA INÉS ROMERO SÁNCHEZ, autenticada ante Notaría 32 del Círculo de Bogotá (Fol. 84), dirigida al Juzgado Segundo del Circuito de Cúcuta de fecha 7 de abril de 2016 indicando que finalizó su contrato con el demandado el 28 de febrero de 2000 y que posteriormente laboró para otros empleadores como LUISA HERRERA RUEDA, ALFREDO y PASTELERÍA MILA, pero no con el señor TULIO DUQUE; documento declarativo emanado de terceros del que no se solicitó ratificación y que, como se reseñó previamente, es plena prueba derivada del afiliado de que no existía el deber de cotizar a nombre de la citada trabajadora entre marzo de 2000 y septiembre de 2015.

Respecto de los períodos anteriores, se aportan planillas de pago a seguridad social integral al SEGURO SOCIAL por los siguientes períodos: agosto a diciembre de 1998 (Fol. 89-91) y historial de cotizaciones expedido por COLPENSIONES donde consta que TULIO EDUARDO DUQUE cotizó por los períodos de agosto de 1998 a febrero de 1999; de manera que respecto de estos se declarará probado el pago.

De esta manera, queda sin demostrar pago o inexistencia respecto del período de marzo a noviembre de 1999 y sería del caso ordenar seguir adelante con la ejecución, sino fuera porque también se encuentran afectados por prescripción al tener pleno conocimiento la administradora de la existencia de la mora desde su exigibilidad, dejando transcurrir más de diecisiete años para reclamar.

g. Myriam Stella Pabón Acevedo

Refiere la AFP que sobre esta trabajadora se adeudan los períodos de Marzo de

1996 y Octubre de 1997 a noviembre de 1998; sobre lo que se afirma que el pago de marzo de 1996 fue realizado al I.S.S. y que para el otro lapso no existía contrato de trabajo.

Como respaldo de estas manifestaciones, se encuentra a folio 96 la Planilla de pago de aportes a seguridad social integral del SEGURO SOCIAL de marzo de 1996 realizada por TULLIO DUQUE donde consta la señora STELLA PABÓN con su respectivo pago y ante ello, se declarará probado el pago.

De otra parte, a folio 95 obra carta suscrita por MYRIAM STELLA PABÓN ACEVEDO, autenticada ante Notaría Segunda del Círculo de Cúcuta donde señala que finalizó su vinculación con el actor el 30 de junio de 1996 aunque después celebró otros contratos pero del 5 de julio de 2013 al 31 de enero de 2014 y luego del 1 de febrero de 2016 a la fecha; por lo que, en ausencia de solicitud de ratificación y siguiendo lo expuesto sobre el artículo 262 del C.G.P., se demostró que para el lapso de octubre de 1997 a noviembre de 1998 no existía obligación de aportar por parte del demandado.

h. Zaray Villan Buendía

Se explica en la liquidación que sobre esta afiliada se adeudan 27 meses correspondientes a Septiembre de 1994 y desde noviembre de 1994 hasta diciembre de 1996; señalando el demandado en su contestación que estos pagos sí se realizaron al fondo donde estuvo entonces afiliada esa trabajadora, AFP PROTECCIÓN.

Al respecto, entre folios 98 a 150 obran tanto las planillas mensuales de pago de aportes a trabajadores afiliados a PROTECCIÓN S.A. incluyendo a la actora entre octubre de 1994 a diciembre de 1996 y el reporte histórico consolidado entregado por esa entidad, donde se respalda que sí recibieron estos aportes; por lo que se declarará probada la excepción de pago respecto de estos meses.

Como queda sin demostrar el pago de septiembre de 1994, respecto de él se declarará probada la excepción de prescripción al transcurrir más de 21 años sin cobrarlo pese a tener conocimiento de su causación.

En síntesis, conforme al análisis probatorio realizado en este caso se evidencia que si bien el título ejecutivo aportado inicialmente cumplía los requisitos de contener una obligación clara, expresa y exigible, razón por la que se revocarán los numerales primero y segundo del auto impugnado, estas fueron desvirtuadas por el demandado a través de sus excepciones de inexistencia de la relación, pago y prescripción, por lo que se dispondrá no seguir adelante la ejecución de las obligaciones contenidas en el mandamiento de pago del 24 de julio de 2019 y se declarará terminado el presente proceso ejecutivo.

Finalmente se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, fijando como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor del demandado.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero y segundo del auto del 24 de julio de 2019 que resolvió las excepciones propuestas, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en su lugar se declararán probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, pago y prescripción según se detalló en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de seguir adelante con la ejecución librada y declarar terminado el presente proceso ejecutivo.

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

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de enero de 2021.



Secretario



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

Veintiocho (28) de Enero de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2017-000581-00
RADICADO INTERNO:	18.898
DEMANDANTE:	SANDRA LILIANA TOLOZA ALVAREZ
DEMANDADO:	CÚCUTA DEPORTIVO FUTBOL CLUB S.A. EN REORGANIZACIÓN

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, dentro del proceso ordinario Laboral de primera instancia instaurado por SANDRA LILIANA TOLOZA ALVAREZ contra CÚCUTA DEPORTIVO FUTBOL CLUB S.A. EN REORGANIZACIÓN con Radicación única 54-001-31-05-002-2017-000581-00 y Radicado interno No 18.898, para resolver la impugnación presentada por la parte demandante contra La Sentencia del 10 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES RELEVANTES:

1.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 10 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta mediante la cual resolvió:

(...)

1. *CONDENAR al CUCUTA DEPORTIVO FUTBOL CLUB S.A. EN REORGANIZACION, a pagar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia a la señora SANDRA LILIANA TOLOZA ALVAREZ, la suma de \$1.921.152,00, por concepto de indemnización por no consignar en un fondo de cesantías las correspondientes año 2015, por las razones expuestas en la parte motiva.-*
2. *CONDENAR al CUCUTA DEPORTIVO FUTBOL CLUB S.A. EN REORGANIZACION, a pagar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia a la señora SANDRA LILIANA TOLOZA ALVAREZ, la suma de:*

- A. \$ 711.566,00 por intereses de cesantías insolutos incluida su sanción.-
- B. \$ 1.984.060,00 por primas de servicios 2015 y 2016
- C. \$ 1.000.000 por compensación de vacaciones.-
- D. \$ 1.185.900,00 por cesantías 2012 y 2013 cuya pérdida se ha declarado.

Las sumas anteriormente mencionadas debe ser indexadas para la época en que realice el pago, como mecanismo de actualización de la deuda, como se ha indicado en la parte motiva.-

- 3. *DECLARAR a parcialmente PROBADAS las excepciones propuestas.*
- 4. *CONDENAR al CUCUTA DEPORTIVO FUTBOL CLUB S.A. EN REORGANIZACION, suministrarle a la Demandante 7 vestidos y el mismo número de calzado o su compensación en dinero por haberle finalizados ya el vínculo, tal como se dijo en la parte motiva.*

ABSOLVER al CUCUTA DEPORTIVO FUTBOL CLUB S.A. EN REORGANIZACION, de los demás cargos en la demanda instaurada en su contra por la señora SANDRA LILIANA TOLOZA ALVAREZ, conforme se ha indicado en las motivaciones de esta providencia.

- 5. *Disponer condenar en costas a cargo d la demanda reducidas en un 50%.*

Se hace aclaración en la condena en el numeral 2 D) por concepto d cesantías 2012 y 2013 es la suma de \$ 1.585.900,00 como se dijo en la parte motiva.”

7 UJ77

1.2. Fundamento de la decisión impugnada

El juez, fundamentó la decisión de primera instancia en torno a los siguientes puntos debatidos en el proceso:

1. Analizó si había viabilidad a la corrección monetaria de enero a diciembre 2014 y 2015, y enero a julio 2017 según sentencia SU-599/95.
2. Salarios Enero – octubre 2017
3. Reajuste cotizaciones SSS Integral 2016-2017
4. Sanción no consignación cesantías 2012-2013 y 2015
5. Reajuste cesantías 2016
6. Intereses cesantías y sanción 2014-2015-2016
7. Valor dotaciones
8. Prima de servicios 2015-2016-2017
9. Vacaciones desde el 2013 a 2017

Indicó que no fue materia de discusión que la demandante estuvo vinculada mediante contrato de trabajo suscrito con la sociedad demandada, desde el día 01 de abril de 2012.

En cuanto a la terminación del vínculo laboral, a partir del análisis de todos los documentos aportados, las declaraciones recaudadas y el propio decir de las partes, señaló que este se desarrolló hasta el día 17 de enero de 2017, fecha en la cual se debía reintegrar la parte de demandante después de las vacaciones otorgadas en el mes de diciembre de 2016; situación que señaló fue reconocida por la demandante de manera parcial al absolver interrogatorio de parte, más allá de la discusión que se generó respecto de la ausencia del traslado de la actora, derivado del cambio de sede de la demandada y al salario sin prestación de servicios los cuales fueron pretendidos hasta el mes de octubre de 2017, que fue reflexionado líneas más adelante.

Posteriormente, advirtió sobre un tema que no fue objeto de preocupación por los apoderados de las partes pero que fue expuesto en los hechos y pretensiones, basado en la sentencia SU 599 de 1995, alusivos a una corrección monetaria de enero a diciembre de 2014 y 2015 y enero a julio de 2017; refiriendo que la aludida providencia es un fallo de tutela que corresponde a hechos diferentes a los discutidos en el proceso, máxime cuando los supuestos que allí se exhibieron corresponden a derechos de asociación sindical para obtener diferencias salariales al interior de los trabajadores de la empresa Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca).

Que la sentencia, enuncia aspectos relativos a la corrección monetaria que forman parte de una convención colectiva, que no corresponde a lo debatido en el proceso, dado que el caso analizado no procura establecer discriminación salarial alguna, menos frente a personas que laboren en un cargo igual al de la demandante, toda vez que ninguno de los deponentes fue interrogado o se refirió al tema en sus respectivas declaraciones, en consecuencia, no podría hablarse de una aplicación al principio de trabajo igual, salario igual, que se predica sobre las correcciones monetarias pretendidas.

Al no hacerse alusión al particular ni en la contestación de la demanda ni en el curso de las etapas probatorias, ni posteriormente en el curso de los alegatos de conclusión, advierte que las pretensiones en lo específicamente relacionado con la corrección monetaria de enero a diciembre de 2014 y 2015 y enero a julio de 2017, están llamadas a no prosperar, según lo expuesto.

Igualmente refirió, que no podían prosperar los reajustes de salarios de 2017 ni de los aportes de seguridad social en las anualidades 2016 y 2017, teniendo en cuenta un salario de \$1.200.000, cuando dentro del plenario y de acuerdo con las nóminas o comprobantes de pago se tiene que lo percibido era inferior a esa cantidad.

Así mismo, para recibir el ajuste de cesantías del año 2016 que se reclama se liquide por la suma de \$1.200.000, cuando se tiene que de acuerdo a los folios 274 a 286 el salario era igual a \$926.216 mensuales, de ahí que se manifieste la absolución.

Explicó que, la declaratoria de prescripción propuesta por la parte demandada a la luz del artículo 151 del C.P.T., estaba llamada a prosperar

de manera parcial, dado que los hechos tuvieron ocurrencia entre el 01 de abril de 2012, hasta el 13 de enero de 2017, entre tanto, la demanda fue presentada el día 27 de noviembre de 2017, razón por la cual, prescribe lo causado con anterioridad al 27 de noviembre de 2014, siendo válido atender la pretensión a partir de la radicación hasta el 13 de abril de 2017.

En cuanto a la sanción por no consignar las cesantías, de los años 2012 y 2013, concluyó que la acción estaba prescrita, empero, en cuanto a la anualidad 2015, operó la indemnización moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por encontrarse vigente la relación laboral y, tomando como referencia el salario a corte febrero de 2016 cuando se venció el plazo para consignarlas, concluyó que la sanción que debe aplicarse es la causada desde el 15 de febrero de 2016 hasta el 14 de febrero de 2017, época hasta la cual la demandante sostuvo la vinculación con la entidad demandada.

En cuanto a los intereses de cesantías de los años 2014, 2015 y 2016, accedió en razón a que la parte demandada confesó adeudarlos y no se refleja su pago en el transcurso del proceso, reconocimiento hecho a la luz de la Ley 52 de 1975 consistentes en el 12% anual sobre el saldo a 31 de diciembre de cada año, los cuales deberán pagarse en el mes de enero siguiente y en caso de no hacerlo, el empleador, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez una suma adicional igual a los intereses causados, es decir el 24%.

Respecto a las primas de servicio de los años 2015 y 2016, la parte demandada reconoció su deuda y frente a las vacaciones, accedió al pago de dos anualidades, como quiera que al haber finalizado el contrato, operó la compensación prevista en la Ley 995 de 2005 con base en el monto del último salario conforme lo señalado en el numeral tercero del artículo 189 del C.S.T.

Sobre la dotación, despachó favorablemente la pretensión por el lapso no prescrito con fundamento en el artículo 7 de la ley 11 de 1984. Conforme a las pruebas recaudadas señaló que se demostró que no fue suministrado bajo el argumento que a ningún trabajador se le otorgaba, lo que no es exigente y advirtió que la ley no determina marcas, ni precios, prohibiendo su compensación en dinero.

En cuanto hace referencia a los salarios reclamados sin prestación de servicios consagrado en el artículo 140 del C.S.T., recordó que el mismo refiere a aquellos eventos en que durante la vigencia del contrato se tiene derecho a percibirlos, aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del empleador.

Consideró que no es lo ocurrido en el caso analizado, como quiera que el traslado de la demandada a Cajicá – Cundinamarca se debió a motivos de fuerza mayor o caso fortuito previstos en la ley, ante la imposibilidad de usar las instalaciones del estadio General Santander, por disposición de las autoridades gubernamentales, como se desprendió de las declaraciones recaudadas y el interrogatorio de parte.

Resaltó la declaración de Wilson Sánchez, al indicar que contrario a lo argüido por la demandante, en la ciudad de Cúcuta, solo quedó una oficina de archivos en la que se encontraba un aprendiz SENA sin vinculación directa; de manera que en el señalado ente territorial, no había sitio donde

laborar, en consecuencia, quien tenía la imposibilidad de prestación del servicio y la fuerza mayor, no fue la demandante, sino la entidad demandada, que se vio obligada a trasladarse para poder seguir desarrollando su actividad.

Con fundamento en la documental aportada en el expediente y la versión del citado testigo, se evidenció la intensión del empleador de pagar a la actora los gastos de traslado a la ciudad de Cajicá conforme se hizo con el resto de trabajadores de la entidad.

De otro, negó la indemnización moratoria tras la terminación del contrato, por no ser objeto de la pretensión, dado que no opera de oficio. Igualmente indicó que no se podía desconocer la situación económica que atravesó la entidad a finales del 2016 y comienzos de 2017, época en la empleadora debió trasladarse para cumplir con sus compromisos.

En cuanto en la continuidad de los aportes a la seguridad social aun habiendo finalizado el contrato, de acuerdo a la comunicación antes mencionada, señaló, que obedeció a las condiciones de salud del padre de la demandante, lo que le permitió concluir una muestra de buena fe por parte del empleador.

Así mismo ordenó el pago de las cesantías correspondientes a los años 2012 y 2013, por cuanto el empleador, realizó su pago de manera directa pese a existir prohibición legal.

Condenó en costas a la parte demandada, reducidas en un 50% y por último, afirmó además que todas las sumas debían ser indexadas en atención a las facultades del juez.

2. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

De la parte Demandante

El apoderado de la parte demandante impugnó la decisión sobre la cual se absolvió la entidad demanda, solicitando se revoque totalmente el punto tercero de la referida sentencia en lo que tiene que ver de manera concreta con el reajuste de los salarios de los años 2015, 2016, 2017 y con la no aplicación del artículo 140 del C.S.T. por los siguientes motivos:

1. A su juicio, la sentencia SU-599/1995 es aplicable por cuanto en ella señala que si al cabo del año a un trabajador no se le han hecho aumentos de salario, se le debe incrementar de acuerdo al IPC, en aplicación al principio de la remuneración mínima vital y móvil previsto en artículo 53 de la Constitución Política, con el fin que no pierda el poder adquisitivo de la moneda, razón por la cual, reiteró la solicitud de aumento y reajustes salariales teniendo en cuenta el incremento del IPC de los salarios correspondientes al año 2015, 2016 y 2017.
2. Atacó la fecha del 14 de febrero de 2017 como la que el despacho tuvo por terminada la relación laboral, data que lo llevó a considerar la inaplicabilidad del artículo 140 del C.S.T. por cuanto no existe en expediente prueba que verifique la finalización del contrato de trabajo, mientras que sí hay evidencia que permite considerar que la relación laboral se encontraba vigente, tanto así que el empleador continuó

cancelando los aportes a seguridad social y parafiscalidad a la demandante sin solución de continuidad, incluso al momento de la sentencia, por lo tanto tenía derecho al salario sin prestación de servicios, como quiera que, la no prestación de servicios de manera personal, fue culpa de la demandada, al omitir su obligación de facilitar los gastos de traslado a la nueva sede laboral en el municipio de Cajicá a la demandante conforme al artículo 57 numeral 7 del C.S.T.

3. Arguyó que, obran en el plenario, soportes documentales que acreditan que la trabajadora solicitó a la empresa los medios para el desplazamiento y esta última se negó, por lo que procede la aplicación del artículo 140 del C.S.T., en consecuencia, tiene derecho a percibir el salario desde el 01 de marzo de 2017, incluso hasta la fecha de la sentencia.
4. Justificó por qué, en la demanda no solicitó la indemnización por terminación unilateral sin justa causa prevista en el artículo 64 del C.S.T., ni la indemnización por falta de pago oportuno, prevista en el artículo 65 del C.S.T., por considerar que la relación laboral estaba vigente; sin embargo, indicó que de tenerse por terminada la relación laboral en febrero del año 2017 como lo señaló el juez de primera instancia, se hace acreedora de las referidas indemnizaciones en aplicación a la facultad que tiene el juez laboral prevista en el artículo 50 del C.P.T..

3. ALEGATOS

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

4. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

5. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si en el presente caso la señora SANDRA LILIANA TOLOZA ALVAREZ tiene derecho a que la demandada CÚCUTA DEPORTIVO FUTBOL CLUB S.A. EN REORGANIZACIÓN, le reconozca reajuste de los salarios de los años 2015, 2016 y 2017 con fundamento en la sentencia SU-599/1995 de la Corte Constitucional y a su vez, con el pago de salarios sin prestación de servicio en aplicación del artículo 140 del C.S.T. desde el día 01 de marzo de 2017 hasta el mes de Octubre de 2017 como se planteó en la demanda o la fecha de la sentencia de primera instancia inclusive como se pidió en la apelación, en consideración a la continuidad del pago de los aportes a seguridad social y parafiscalidad?

En el evento de determinar que la relación laboral concluyó el día 14 de febrero de 2017, corresponde analizar ¿Si hay lugar a la indemnización por

terminación unilateral sin justa causa prevista en el artículo 64 del C.S.T. y la indemnización por falta de pago oportuno, prevista en el artículo 65 del C.S.T.?

6. CONSIDERACIONES:

6.1. Premisas Jurídicas

Las normas que se aplicaran para la resolución de la controversia planteada son las que a continuación se enuncian:

- ✓ Artículo 61 del C.S.T.
- ✓ Artículo 64 del C.S.T.
- ✓ Artículo 65 del C.S.T.
- ✓ Artículo 140 del C.S.T.
- ✓ Artículo 66A del C.S.T.
- ✓ Artículo 25A del C.P.T.
- ✓ Artículo 25 del C.G.P.
- ✓ Artículo 42 # 4 del C.G.P.
- ✓ Artículo 281 del C.G.P.

6.2. Decisión de Fondo

Lo primero es señalar, que de conformidad con el principio de consonancia de que trata el artículo 66A del C.S.T, el debate en la presente instancia se dirigirá exclusivamente a lo que fue objeto de impugnación, como es el determinar si la demandada CÚCUTA DEPORTIVO FUTBOL CLUB S.A. EN REORGANIZACIÓN adeuda a la demandante SANDRA LILIANA TOLOZA ALVAREZ, el reajuste de los salarios de los años 2015, 2016 y 2017 de conformidad con la Sentencia SU-599/1995 de la Corte Constitucional.

Sobre el particular conviene precisar, que el alcance de la Sentencia SU-599/199, se centra en revisar las diversas acciones de tutela impetradas en contra de AEROVÍAS NACIONALES DE COLOMBIA -AVIANCA S.A., tendientes a buscar un cese en actos que atentan contra los derechos fundamentales al trabajo, igualdad, conciencia, de asociación, sindicalización, negociación y concertación, en razón a la existencia de un régimen de diferencias salariales, laborales y prestacionales entre los trabajadores sindicalizados de la ASOCIACION COLOMBIANA DE INGENIEROS DE VUELO 'ACDIV' y los no sindicalizados afiliados a las otras organizaciones existentes como ACDAC, SINTRAVAL, ACMA y ACAV.

En esa órbita, el análisis de la Corte Constitucional, que estudió entre otros aspectos, lo referente al derecho a la igualdad, señaló que *"las condiciones laborales, si bien no se encuentran enunciadas de manera explícita dentro de las razones objeto de discriminación del artículo 13, deben tener un tratamiento similar si se tiene en cuenta la especial protección constitucional de la calidad de trabajador. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato"*.

Lo anterior, permite inferir que, el objeto de debate en dicha decisión de tutela, se decanta en aspectos meramente sindicales, incorporados en una convención colectiva de trabajadores y nada tienen que ver con las

pretensiones aducidas de la parte demandante en este proceso, tendientes a reajuste salarial de los años 2015, 2016 y 2017, máxime, cuando dentro de la controversia, no se debatió la existencia de un trato discriminatorio, frente a trabajadores que desempeñaban funciones similares a la demandante, que fueran destinatarios de condicionales salariales diferentes, ni mucho menos, se demostró, que en dichas vigencias el salario fue superior a (\$ 910.096) visto a folios 260 - 273, (\$ 926.216) visto a folios 274 - 286 y (\$ 930.000) visto a folios 287 - 289) respectivamente.

Sobre el particular, se debe aclarar, que los salarios percibidos por la demandante, rebasan lo fijado en relación con el SMLMV para las mismas anualidades, para el 2015 por (\$ 644,350.00)¹, 2016 por (\$689,455.00)² y 2017 (\$737,717.00)³.

La precisión anterior, es necesaria, en tanto que, según los lineamientos jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha señalado de manera consistente de vieja data, que el reajuste anual de los salarios que superen el mínimo legal mensual vigente no es obligatorio, así lo determino la (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia SL-56518, Abr. 9/19, M. P. Cecilia Margarita Durán)

“Reajuste salarial: ha sostenido esta Corporación, que ante la inexistencia de norma alguna que así lo disponga, el reajuste anual de salarios no es procedente cuando el monto devengado supera el salario mínimo mensual legal vigente. (CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36894). Por esa razón, en la liquidación a efectuarse en este caso, en los años 2001 y 2002, dado que para esos periodos su salario era superior al mínimo legal y, para los demás, sería el último, luego no opera reajuste alguno por este concepto.»

También ha dicho la Corte suprema de justicia que a los jueces no les está permitido ordenar incrementos de salarios excepto cuando se trata del salario mínimo, como en la sentencia 46855 del primero de febrero de 2011 reiterada en sentencia 58043 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del magistrado Luis Gabriel Miranda:

«Empero, lo que no es dable a un juez del trabajo ni a ningún otro, es ordenar un incremento salarial que no tiene ningún respaldo en el ordenamiento jurídico vigente, porque la función de los jueces no es legislar, y es distinta también a la de los arbitradores, por eso es contrario a sus atribuciones hacer la ley, ya que su deber, al menos en el derecho positivo colombiano, es aplicarla por cuanto los funcionarios judiciales, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Ley, como lo pregona paladinamente el texto 230 de la Carta Política, y lo refuerza aún más al agregar que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.»

En ese orden, es claro que, para el sector privado formal, el alza del mínimo no es un referente obligatorio que ampare a los demás salarios superiores a este, como ocurre en el caso que nos ocupa, razón por la cual, en ausencia de disposición normativa que así lo prevea, cualquier aumento salarial de conformidad al índice de precio al consumidor establecido por el Departamento Nacional de Estadística o según lo fijado como porcentaje de

¹ Decreto 2731 de dic 30 de 2014

² Decreto 2552 de dic 30 de 2015

³ Decreto 2209 de dic 30 de 2016

aumento para el SMLMV para cada anualidad, deberá recaer únicamente a un acuerdo entre las partes o una mera liberalidad de parte del empleador.

Descendiendo al caso de estudio, considerando que dicha estipulación no se encontraba prevista dentro de los contratos de trabajo que dieron origen a la relación laboral vistos a folios 7 al 15 del expediente, la Sala encuentra fundados los argumentos del juez de primera instancia, en la cual sostiene que la corrección monetaria invocada estaba llamada a no prosperar.

En cuanto a la inconformidad planteada por el recurrente respecto de la absolución a la entidad demandada frente al pago de los salarios sin prestación de servicios, de que trata el artículo 140 del C.S.T, por no compartir lo establecido por el juez de primera instancia, en atención a la fecha de terminación de la relación laboral el día 14 de febrero de 2017, indicando que en el expediente no reposa prueba que así lo acredite; se pudo evidenciar, que a folio 136 y 137 del expediente reposa comunicación de fecha 26 de enero de 2017, mediante la cual la entidad demanda informa a la demandante la terminación del contrato por abandono del cargo sin justa causa, al no presentarse a laborar a la nueva sede de la demandada en El Municipio de Cajicá – Cundinamarca.

No obstante, lo anterior, sobre dicha comunicación, la demandante al absolver el interrogatorio de parte, manifestó desconocerlo al serle exhibido a folio 135, la guía de remisión de dicha comunicación, realizada a través de la empresa de servicio postal Servientrega el día 28 de enero de 2017 bajo el consecutivo No. 953091373 a la dirección a su residencia, indicada tanto en el escrito de la demanda, como en los generales de ley, mencionados en el interrogatorio de parte, sin que se acredite prueba alguna que evidencie que la misma fue entregada de manera efectiva.

La Sala, en atención a la necesidad de emplear los poderes que le otorga el artículo 42 del C.G.P numeral 4, se dispuso decretar prueba de oficio para verificar la fecha de entrega de la aludida comunicación dado que al realizar el rastreo de envíos de la página web de la empresa de servicio postal, se pudo certificar que la comunicación fue entregada de manera satisfactoria el día 02 de febrero de 2017 a las 13:30 horas, y la empresa SERVIENTREGA remitió la guía donde consta la firma y cédula de la actora, recibiendo el documento el 2 de febrero de 2017 a las 11 de la mañana.

Guía No.: 953091373
DOCUMENTO UNITAR PZ: 1
CUCUTA
NORTE DE P.P.: **CONTADO**
NORMAL M.T.: **TERRESTRE**
SANDRA TOLOZA
 Teléfono: 5998825 D.J.NIT: 37275315
 País: COLOMBIA Cod. Postal: 540003
 e-mail:
 (Ejec Contador: DOCUMENTOS
 Cel. para entrega: NADA DE VALOR
 W. Declarado: \$ 5.900
 W. Paga: \$ 0
 W. Seguro: \$ 300
 W. Manejadora empresa: \$ 8.800
 W. Total: \$ 8.800
a Cobrar: \$ 0

RECIBIÓ A COMPORINDAD NOMBRE LEGIBLE SELLO Y FIRMAS
Sandra Tolosa
 CC 51215315
 Observaciones en la entrega: 02/02/2017 11:00 AM

Documento que fue puesto en conocimiento de las partes mediante auto del 25 de noviembre de 2020, sin que en el término de traslado se presentara tacha o desconocimiento que enerve su validez y por lo tanto, está plenamente demostrado que la actora fue notificada de la terminación del contrato de trabajo alegando justa causa.

Además, se tiene que, en el contrato laboral vigente para la época de los hechos, visto a folios 12 al 15 del expediente, específicamente en la cláusula octava, señala, que las partes convinieron acerca de la prestación del servicio en lugar diferente al inicialmente pactado siempre y cuando tales traslados no desmejoren las condiciones laborales o de remuneración del trabajador.

Agrega, que los gastos de dichos traslados serían cubiertos por el empleador según los términos del Artículo 58 del C.S.T., obligando al trabajador a aceptar los cambios de oficio que decida el empleador dentro de su poder subordinante, siempre y cuando se respeten las condiciones laborales, aspecto que fue reconocido por la demandante en el interrogatorio de parte, a pesar de la discusión planteada sobre los gastos de traslado, sobre las cuales, no evidencia que haya sido probada la negativa del empleador a suministrarlos.

Si se tiene en cuenta, el decir de los testigos Norma Osorno y Wilson Sánchez, que señalaron que la entidad demanda asumió los gastos de desplazamiento de todos los empleados que aceptaron las condiciones relativas al cambio, con excepción de la demandante, que manifestó situaciones de carácter personal, acreditadas en su interrogatorio de parte y en las declaraciones de los testigos Zusele Gonzales e Isaid Pabón, sumado a la manifestación de la demandada en la comunicación vista a folio 136 y 137, especialmente la afirmación tendiente a certificar la intención de cancelar los gastos de traslado originados con ocasión del cambio de sede de conformidad con el contrato de trabajo suscrito, evidenciada en el penúltimo inciso del folio 137.

Del análisis en conjunto del material probatorio, considera la Sala, que no se configuran los presupuestos para que sea viable el pago de salarios sin prestación del servicio de qué trata el artículo 140 del C.S.T. pretendido, encontrando ajustado las motivaciones del juez de primera instancia.

Desde esa órbita, pasa la Sala a analizar los demás argumentos expuestos por el recurrente, mediante los cuales invoca las facultades *extra y ultra petita* para solicitar la indemnización por terminación unilateral sin justa causa prevista en el artículo 64 del C.S.T. y la indemnización por falta de pago oportuno, prevista en el artículo 65 del C.S.T., las cuales, afirma el recurrente, no fueron pretendidas en la demanda, por considerar que la relación estaba vigente.

Sobre el particular, es necesario indicar, que según lo previsto en el artículo 25A del C.P.T. al demandante le es permitido acumular pretensiones e incluso, en el evento de ser excluyentes entre sí, proponerlas como principales y subsidiarias, lo que, claramente se omitió en el líbello de la demanda.

Por lo cual, en virtud al principio de consonancia de que trata el artículo 281 del C.G.P., es claro que dichas pretensiones no fueron analizadas y mal puede entrarse a resolver un hecho que no fue discutido ni probado en primera instancia, principalmente, si se tiene en cuenta que, la parte demandante opera como único recurrente en el presente asunto.

Por lo anterior, no puede esta Corporación desconocer lo dicho de marras por la Corte Suprema de Justicia, que ha afirmado en sendas oportunidades que el juez de segunda instancia, carece de competencia funcional para

decidir sobre hechos que no fueron objeto de pretensión en la demanda, ni en la primera audiencia de trámite, considerando que las facultades *extra y ultra petita* según los términos del artículo 50 del C.P.T. corresponden únicamente a los jueces de primera y única instancia, a fin de garantizar el debido proceso a las partes, el derecho a la defensa y con ello, evitar decisiones que atenten contra el principio de la *no reformatio in pejus*.

Afirma de manera expresa: *“De tener estas facultades el juez de segunda instancia, en sus decisiones podría sorprender a una de las partes con un fallo incongruente con las pretensiones del libelo inicial, dejando a la parte afectada sin la oportunidad de poder contrarrestar esta decisión, pues no debe olvidarse que este juez sigue atado al principio de la congruencia en sus fallos”*, (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia SL-8716 (38010), jul. 2/14, M. P. Rigoberto Echeverri Bueno).

En consecuencia, la Sala de Decisión Laboral confirmará la Sentencia recurrida de fecha 10 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

Finalmente, al no ser favorable el recurso interpuesto por la parte actora se condenará en costas de segunda instancia; fijando como agencias en derecho de segunda instancia el equivalente a 1. SMLMV.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

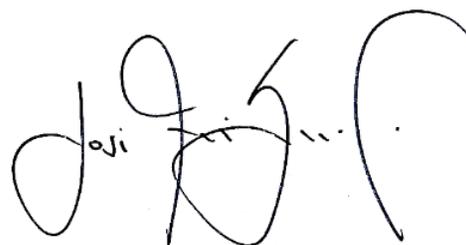
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada de fecha 10 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte actora, fijando como agencias en derecho de segunda instancia el equivalente a 1SMLMV a favor de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIA BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 29 de enero de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de Enero de Dos Mil Veintiuno (2021).

PROCESO: ORDINARIO
RADICADO ÚNICO: 54-001-31-05-003-2014-00134-01
RADICADO INTERNO: 15.900
DEMANDANTE: ERMELINA PÉREZ DE RIVERA y OTROS
DEMANDADO: C.E.N.S. S.A. E.S.P.

Señálese el día jueves 11 de febrero de 2021 a las 3:30 P.M., como fecha para celebrar la audiencia de comprobación de la actuación surtida en el trámite de reconstrucción iniciado en auto del 9 de abril de 2019, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 126 del C.G.P.

De conformidad con el artículo 7° del Decreto Legislativo 806 de 2020, se dispone la realización de la presente diligencia asistida por medios tecnológicos que permitan la intervención de las partes en el proceso; para lo cual se dispondrá la programación de la diligencia en la Plataforma MICROSOFT TEAMS y la habilitación del expediente digitalizado, remitiendo los respectivos enlaces a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 29 de enero de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2016-00408-00
RADICADO INTERNO:	18.687
DEMANDANTE:	NELSON EDUARDO VILLAMIZAR PÉREZ
DEMANDADO:	TEJAR SANTA TERESA S.A.S. y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO PROGRESEMOS

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NELSON EDUARDO VILLAMIZAR PÉREZ contra TEJAR SANTA TERESA S.A.S. y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO PROGRESEMOS, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2016-00408-00, y Radicación interna N° 18.687 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 4 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor NELSON EDUARDO VILLAMIZAR PÉREZ, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra TEJAR SANTA TERESA S.A.S. y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO PROGRESEMOS, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo encubierto a través de diferentes cooperativas de trabajo asociado entre el 2 de diciembre de 2002 hasta el 3 de septiembre de 2013, terminado unilateralmente y sin justa causa por el empleador, por el cual se dejaron de reconocer debidamente sus salarios, prestaciones y aportes a seguridad social; por lo que solicita se condene al pago de cesantías, con su correspondiente sanción por no consignación oportuna, se nivele su salario con el equivalente al mismo cargo al interior de la empresa, se condene por despido injusto mediante indemnización por el tiempo que hacía falta para finalizar la última prórroga y se condene a indemnización moratoria por no pago de las prestaciones sociales al finalizar la relación, sumas que deben ser indexadas.

Como fundamento fáctico refiere, que La Empresa TEJAR SANTA TERESA S.A. es una sociedad privada que tiene como objeto la producción y venta de arcilla, entre otros derivados y pese a estar sujeta al C.S.T., celebró contratos con empresas de servicios temporales para bajar sus costos laborales, entre las que se encuentran: CONSERVICIOS LTDA., PROGRESEMOS LABORANDO SAS, AVANZAR PROFESIONAL, RH PRODUCTIVO y a través de ellas el actor fue vinculado así: del 2 de diciembre de 2002 al 31 de octubre de 2006 mediante CONSERVICIOS. Del 1 de noviembre de 2006 al 30 de septiembre de 2008 mediante AVANZAR PROFESIONAL. Del 1 de octubre de 2008 al 8 de febrero de 2010 mediante RH PRODUCTIVO. Del 9 de febrero al 31 de marzo de 2010 directamente con TEJAR SANTA TERESA y del 1 de abril de 2010 al 3 de septiembre de 2013 con PROGRESEMOS LABORANDO. Que durante estos períodos siempre ejerció como operario y coordinador de patio, entre lunes a sábado de 7 a.m. a 12 p.m. y de 2 a 6 p.m. devengando un salario mínimo mensual legal vigente, firmando los contratos con las cooperativas que requirió la demandada y sin conocer de sus efectos. Que el 31 de agosto de 2013 se le notificó por PROGRESEMOS LABORANDO que no se prorrogaría el contrato luego del 3 de septiembre de ese año. Que durante su vinculación se le descontó indebidamente el 20% de su salario injustificadamente.

La demandada TEJAR SANTA TERESA S.A. contestó negando los hechos, señaló que el demandado no perteneció a la nómina de la empresa pues su vinculación se dio mediante cooperativas de trabajo asociado y se rigió por las normas correspondientes a esta actividad, donde se gestiona de manera independiente el objeto contratado. Se opone a las pretensiones argumentando que el actor celebró sus contratos con las cooperativas de trabajo asociadas que tenían convenios empresariales con el TEJAR y desarrollaron su objeto propio de manera autogestionaria. Propone como excepciones: PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL, PAGO, BUENA FE e INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS.

La C.T.A. PROGRESEMOS LABORANDO S.A.S. se notificó mediante curador ad litem, quien se opuso a las pretensiones según los hechos que se demuestran y propuso como excepción la prescripción.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 4 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: Declara que entre el señor Nelson Eduardo Villamizar Pérez y la empresa Tejar Santa Teresa S.A.S existió un contrato realidad regido por un contrato a término indefinido desde el 1 de enero del 2003 al 13 de septiembre del 2013.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de prescripción respecto a los derechos prestacionales que se hicieron exigibles con anterioridad al 26 de agosto de 2013, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Condenar a la empresa Tejar Santa Teresa S.A.S a reconocer y pagar al demandante las cesantías causadas durante la vigencia de la relación laboral que corresponde a la siguiente: par el año del 2003 la suma de \$332.000 pesos, para el año del 2004 la suma de \$358.000 pesos, para el año del 2005 la suma de \$381.500 pesos; para el año del 2006 la suma \$408.000 pesos, para el del año del 2007 la suma de \$433.700 pesos, para el año del 2008 la suma de \$461.500 pesos, la suma para el año del 2009 la suma de \$496.900 pesos, para el año del 2010 la suma de \$515.000 pesos, para el año 2011 la suma de \$535.600 pesos, para el año 2012 la suma de \$566.700 pesos, para el año del 2013 la suma \$445.500 pesos.

CUARTO: Condenar a la empresa Tejar Santa Teresa S.A.S a reconocer y pagar al demandante la indemnización por despido consagrada en el artículo 64 del CST equivalente a la suma de \$4.391.771 pesos.

QUINTO: Condenar a la empresa Tejar Santa Teresa S.A.S a reconocer y pagar al demandante Nelson Eduardo Villamizar Pérez la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST en razón de un salario diario de \$19.650 pesos a partir del 3 de Septiembre del 2013, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Condenar a la empresa Tejar Santa Teresa S.A.S a reconocer y pagar al demandante y a consignar a su favor los aportes pensionales causados por el periodo laborado entre el 1 de enero del 2010 hasta el 3 de septiembre del 2013, conforme el cálculo actuarial que realice la respectiva administradora del fondo de pensiones a la cual se encuentra afiliado el actor.

SÉPTIMO: Condenar a la empresa Progresemos Laborando S.A.S solidariamente a responder por las obligaciones reconocidas en esta sentencia de forma proporcional al tiempo en que actuó como intermediaria de las obligaciones del demandante que corresponde al periodo que va del 4 de enero del 2003 al 13 de septiembre del 2013 de acuerdo a lo explicado.

OCTAVO: Condenar en costas a las demandadas por haber resultado vencidas en el juicio. Esta decisión se notifica en estrados.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

La jueza de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Que el problema jurídico gira en determinar si existió entre las partes un contrato realidad derivado de la utilización indiscriminada de la figura de tercerización laboral para lo cual alega que se vinculó a través de empresas de servicios temporales y Cooperativas de trabajos asociados entre el 2 de diciembre de 2002 y el 3 de septiembre de 2013, para verificar si da lugar al pago de cesantías, nivelación salarial, reajuste de prestaciones, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria por no consignación de cesantías y por no pago de prestaciones, indexación y costas.

- Explica sobre la intermediación laboral que la Corte ha señalado que se trata de un modo de organización de la producción donde se encarga a un

tercero una operación del proceso productivo, pero pese a ser un instrumento legítimo no puede utilizarse con fines contrarios a los derechos de los trabajadores. Así mismo, que la externalización debe estar fundada en razones objetivas, técnicas y productivas, pues si se usa para evadir una contratación directa se trata de una intermediación ilegal donde el tercero es un simple intermediario del verdadero empleador.

- Señala como pruebas aportadas que el actor suscribió un convenio cooperativo de trabajo asociado con PROGRESEMOS LABORANDO para desempeñar el cargo de obrero operario en el centro de trabajo TEJAR SANTA TERESA el 1 de abril de 2010, y luego un contrato de trabajo desde el 4 de enero de 2013 para el oficio de clasificación de materiales, empaques y otros; obra también escrito de no prórroga entregado el 30 de agosto de 2013 con efectos desde el 3 de septiembre. Se anexó el certificado de existencia de la citada empresa PROGRESEMOS LABORANDO, un listado de compensaciones de RH PRODUCTIVO aunque sin firma de quien los elaboró por lo que se trata de un documento sin valor probatorio, lo que también sucede con las nóminas de compensación con logo de Cooperativa Progreseemos Laborando y la Empresa Tejar Santa Teresa S.A.S, también se aportó el convenio empresarial suscrito entre estas dos empresas para realizar labores de forma personal y autogestionaria en la planta de producción del tejar por el término de 3 meses y se aportó el reporte de semanas cotizadas del actor.

- Reseña que en el interrogatorio de parte del representante legal del TEJAR SANTA TERESA S.A., se señaló que el demandante no era empleado de esa empresa sino que prestaba servicios a través de la Cooperativa PROGRESAMOS TRABAJANDO quien tenía un convenio con la empresa, siendo su jefe inmediato el señor ALFREDO BUITRAGO que pertenecía a la cooperativa, que en la empresa no existen trabajadores de planta en labores de clasificación y empaque, por lo que sus horarios se asignan desde la Cooperativa. Agregó que los trabajadores directos son los antiguos y no los de procesos de producción.

- Además resalta que los testimonios recepcionados de FLORENTINO PARRA HERNÁNDEZ y ALPIDIO DÍAZ ORTEGA, son consistentes respecto de la vinculación del señor NELSON EDUARDO VILLAMIZAR PÉREZ a través de diferentes empresas de servicios temporales y cooperativas de trabajo asociado para prestar labores en TEJAR SANTA TERESA, actuación que no es negada por la demandada quien acepta estas vinculaciones y también se demuestra que inició como obrero para pasar a ser supervisor y coordinador, sin que las tachas formuladas descarten la credibilidad de los testigos, pues efectivamente el actor prestaba servicios a través de terceros en la empresa y los períodos son verificables en los registros de aportes a pensión.

- Sostiene que valoradas todas las pruebas en conjunto, está demostrada la prestación del servicio del señor NELSON VILLAMIZAR a la demandada desde el 1 de enero de 2003 hasta el 3 de septiembre de 2013, operando así la presunción en su favor del artículo 24 del C.S.T., quedando bajo la carga de la demandada desvirtuar que el vínculo sea de carácter laboral, para lo cual aportó los testimonios de SATURNINO CÁRDENAS CARPIO y ERNESTINA VIDES GUTIÉRREZ quienes manifestaron que los trabajadores de la Cooperativa realizaban sus funciones de forma autónoma y libre y que las ordenes la recibía por parte del Señor Alfredo Buitrago quien era el dueño

de la Cooperativa, sin embargo al analizar esto de forma integral, resalta que pese a insistir en que ninguno de los trabajadores de la empresa Santa Teresa S.A.S le daba órdenes a los trabajadores cooperados, no supieron explicar con claridad de qué forma la gerente de planta realizaba la verificación de estos trabajos, además el dueño de la Cooperativa asistía esporádicamente y pese a que este le entregaba los uniformes, los elementos de trabajo que utilizaban el demandante como trabajador operado como lo carros o zorras, el soplete que eran necesarios para el desempeño de sus función eran entregados por la empresa Tejar Santa Teresa a través de su almacén lo que desmerita la supuesta independencia.

- Concluye que la vinculación del actor por diferentes empresas por más de 9 años, no tenía el propósito de proveer un servicio especializado sino de obtener su prestación de servicios mediante otra empresa por un período superior al límite del artículo 77 de la ley 50 de 1990 y mediante cooperativas que tienen prohibido ejercer suministro de personal para una actividad propia del objeto social, como es la fabricación y comercialización de materiales de construcción, lo que se entiende incluye su selección, clasificación y embalaje. Se demostró también que pese a recibir órdenes de otro cooperado, todas las labores eran coordinadas por la empresa demandada y por ende, esta debe entenderse como la verdadera empleadora.

- Respecto de la prescripción, señala que la relación finalizó el 3 de septiembre de 2013 pero la demanda se radicó hasta el 26 de agosto de 2016, por lo que se entienden prescritas las prestaciones causadas antes del 26 de agosto de 2013 lo que incluye entonces la moratoria por no consignación de cesantías que se hizo exigible el 16 de febrero de 2014 y el reajuste de salarios y prestaciones anterior a la fecha en cita. Mientras el pago de cesantías no se demostró y se hizo exigible el día de la terminación, por lo que condena por este concepto.

- Sobre la nivelación salarial, no demostró el actor que en la empresa Tejar Santa Teresa S.A.S existiera el cargo de supervisor de planta y que desempeñará las mismas funciones en condiciones de eficiencia y experiencia igual que el demandante y que devengaba un salario superior para aplicarla el principio de trabajo igual salario igual.

- En cuanto a la indemnización por despido injusto, tampoco afectado por prescripción, al declararse un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de enero de 2003 sin que se alegara una justa causa para terminar la vinculación, procede la misma liquidada por un tiempo de servicio de 10 años 8 meses y 3 días corresponde a la suma de \$4.391.775 pesos.

- Referente a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., explica que el actuar de la demandada al vincular al actor mediante diferentes formas de tercerización laboral no se enmarca en los postulados de buena fe, por lo que ordena el pago en razón a un salario diario de \$19.650 pesos a partir del 3 de septiembre del 2003 y hasta que se haga esto efectivo el pago de la cesantías adeudadas y reconocidas en esta providencia.

- De los aportes a pensión, señala que encontrándose debidamente consignados los del año 2003 a 2009 pero no obrando prueba de los posteriores, condena al pago del cálculo actuarial para cubrir las cotizaciones desde el 1 de enero de 2010 al 3 de septiembre de 2013.

•Finalmente, dispuso condenar solidariamente a PROGRESEMOS LABORANDO S.A.S. por las obligaciones causadas en su período de contratación.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia en su contra, argumentando lo siguiente:

•Que no comparte el criterio de la Juzgadora, pues al valorar los testimonios se requiere tener en cuenta la edad, los intereses, el grado de instrucción, la posición social y de allí determinar la credibilidad del testigo, identificar su tendencia a decir la verdad, señalando la Corte Suprema que un interrogatorio preciso puede generar suficiente convicción en el Juez sobre la forma en que se efectuó el trabajo.

•Que de haberse aplicado este criterio, se hubiera logrado la convicción de que sí se ejecutó un trabajo mediante cooperativas de trabajo asociado que se caracteriza por ser una actividad libre, autogestionaria, de índole física, material, intelectual o científica que desarrolla un grupo de personas naturales que de manera autónoma que se asocia en forma solidaria figando sus propias relaciones con la finalidad de generar empresas; siendo su objeto social desarrollar un sistema de organización donde los trabajadores participan de forma activa en todas sus decisiones, para lo cual entonces generan unas protecciones adecuadas.

•Que esta autogestión implica autonomía, autodeterminación y autogobierno de los Cooperados que son los gestores de su propia empresa y a la cual pueden contribuir, de manera que no dependen de terceras personas según sus propios estatutos y acuerdos, generando y manteniendo su trabajo, generando una producción de bienes y servicios que excluye la existencia de una relación laboral.

4. ALEGATOS

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

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Se encuentra debidamente acreditada la existencia del contrato de trabajo entre el señor NELSON EDUARDO VILLAMIZAR PÉREZ como trabajador y la empresa TEJAR SANTA TERESA S.A.S., como empleador ante sus vinculaciones mediante empresas temporales y cooperativas de trabajo

asociado, y si por ende da lugar a imponer las condenas prestacionales e indemnizatorias correspondientes?

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, procede la Sala a determinar si entre el demandante NELSON EDUARDO VILLAMIZAR PÉREZ y la demandada empresa TEJAR SANTA TERESA S.A.S., existió un contrato de trabajo entre el 1 de enero de 2003 al 3 de septiembre de 2013, y si en su alegada condición de empleador el demandado tiene la obligación de reconocer los derechos prestacionales reclamados en la demanda.

La Jueza *a quo* al analizar los documentos y testigos asomados al plenario, indicó que efectivamente se demostró la prestación del servicio del actor en la empresa demandada, respaldada en diferentes vinculaciones con terceros que desnaturalizaron la reglamentación y sirvieron para encubrir un contrato de trabajo, condenando al reconocimiento de cesantías, aportes a pensión, indemnización por despido injusto y sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T.; conclusión a la que se opone el apelante, al esgrimir que hubo una indebida valoración probatoria de los testimonios y documentos aportados, pues realmente el actor era un cooperado asociado que ejecutaba labores dentro de la autogestión de las cooperativas con quienes se vinculó y que tenían contratos con la empresa demandada.

De conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., al no haber interpuesto recurso de apelación la parte actora no existe competencia de esta instancia para pronunciarse sobre las pretensiones que fueron objeto de absolución como la nivelación salarial, reajuste de prestaciones y la declaratoria de prescripción en su contra. Así mismo, la demandada se limitó a solicitar la revocatoria por estimar que no había contrato de trabajo, sin identificar inconformidades concretas sobre las condenas liquidadas en su contra. Por lo cual, procede la Sala a establecer si efectivamente se demostró la existencia de un contrato de trabajo, encubierto por diferentes modalidades de intermediación y tercerización laboral.

En términos del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo, contrato de trabajo es aquél por el cual, una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Ante ello, acorde al artículo 23 (*ibidem*), para que se predique su existencia debe existir una actividad personal realizada por el mismo trabajador, bajo la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y, una remuneración o salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S.T., subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990, enseña que “...*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”, pues una vez reunidos los tres elementos anteriores, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen, no obstante, esta presunción admite prueba en contrario.

Esta presunción legal opera a favor del trabajador y por consiguiente, demostrada la prestación del servicio, es a cargo del empleador desvirtuarla. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral

en diferentes oportunidades, entre estas en la Sentencia de 13 de diciembre de 1996, donde precisa, que el artículo 24 no consagra un derecho sino una regla de juicio que afecta la carga de la prueba en el proceso laboral, esto es, se trata de una instrucción a los jueces laborales, relevando al trabajador de acreditar el elemento de la subordinación pues esta se presume y toda prestación de una actividad personal a favor de otra persona, natural o jurídica, debe entenderse en principio como laboral a menos que el empleador desvirtúe que hubo dependencia.

De lo anterior, se extrae que, probada la prestación personal del servicio, la subordinación se presume y compete ejercer plena actividad probatoria a la parte demandada que excepciona la inexistencia del contrato de trabajo; complementando esta teoría, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-20683 de 6 de diciembre de 2017, radicación No. 56.313, en lo referente al principio de la primacía de la realidad y la presunción del artículo 24 del Código sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, reitera lo ya expuesto y concreta que quien se abroga la calidad de trabajador debe demostrar al menos dos aspectos: la prestación personal del servicio y los extremos temporales en que afirma haberlo desarrollado, con los elementos de juicio suficientes para convencer al Juez y al tiempo permitir que el demandado tenga información suficiente para ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción, siendo a partir de estas reglas que el juez debe aplicar las respectivas consecuencias jurídicas a la parte que omite su deber procesal.

Es importante señalar, que la teoría general de la carga de la prueba establece, que le corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas (Art. 1757 C.C), principio que se reproduce en otros términos en el artículo 167 del C.G.P. al determinar que “...*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

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

“(...) *El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo*”. Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que:

“...*El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes (...)*”.

Esto, en consonancia con el artículo 167 del C.G.P.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta tanto con probar la prestación o la actividad personal como el período en que ejecutó la actividad, para que se presuma el contrato de trabajo y es al empleador a quien le

corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario.

Ahora bien, con el fin de resolver el problema jurídico antes expuesto, la Sala observa que dentro del expediente obran como pruebas las siguientes:

- Certificado de existencia y representación legal del TEJAR SANTA TERESA S.A., donde señala que su actividad principal es la *“Fabricación de materiales de arcilla para la construcción”* y como secundarias la *“Extracción de arcillas de uso industrial, caliza, caolín y bentonitas”* y *“Comercio al por mayor de materiales de construcción y artículos de ferretería, pinturas, productos de vidrio, equipo y materiales de fontanería y calefacción”*. (Fol. 2-5)
- Certificado de existencia y representación legal de PROGRESEMOS LABORANDO S.A.S., constituida como una sociedad para *“la prestación social de servicios, con énfasis en seguridad social”*. (Fol.6-8)
- Reporte de cotizaciones expedido en noviembre de 2010 por el I.S.S., certificando períodos desde el 1 de enero de 2003 a través de CONSERVICIOS S.A. hasta octubre de 2006, en diciembre de 2006, enero, marzo y abril de 2007 por AVANZAR PROFESIONAL y de COOPERATIVA RH de febrero a junio de 2008 y agosto de 2008 a diciembre de 2009. (Fol. 9-12)
- Certificado de afiliación a SALUDCOOP E.P.S. desde diciembre de 2002 a septiembre de 2013, con actual aportante PROGRESEMOS LABORANDO S.A.S. (Fol. 12)
- Convenio cooperativo de trabajo asociado suscrito entre JOSÉ ALFREDO BUITRAGO RAMÍREZ como gerente de la Cooperativa de Trabajo Asociado Progreseemos Trabajando y TEJAR SANTA TERESA para el apoyo en las actividades de trabajo asociado en los procesos de obrero operario del centro de trabajo de la demandada ubicado en el K7 de la vía a El Zulia, suscrito el 1 de abril de 2010, no se anotó el término de duración en la cláusula segunda. (Fol 14)
- Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año suscrito entre PROGRESEMOS LABORANDO S.A.S. y NELSON VILLAMIZAR para prestar labores de clasificación de material, quema de material, alimentar banda de termoencogible y cargue de camiones, entre otras, para laborar del 4 de enero al 3 de mayo de 2013 en el TEJAR SANTA TERESA. (Fol. 15)
- Carta del 30 de agosto de 2013 dirigida por PROGRESEMOS LABORANDO S.A.S. al actor, notificando que el contrato con vencimiento 3 de septiembre de 2013 no sería prorrogado. (Fol. 16)
- Planillas de asistencia de personal donde aparece registrado el actor, con membrete de RH productivo en las siguientes fechas: 16 a 31 de marzo de 2010, 16 al 31 de diciembre de 2009, 16 al 31 de octubre de 2009, 16 al 31 de julio de 2009, 16 al 28 de febrero de 2009, 16 al 31 de diciembre de 2008, 1 al 15 de diciembre de 2008, 1 al 15 de enero de 2008. (Fol. 17-24)

- Planillas con los membretes de PROGRESEMOS TRABAJANDO y TEJAR SANTA TERESA, que contiene las nóminas de compensaciones del 16 al 30 de abril de 2010, incluyendo al actor. (Fol. 25-27)
- Convenio empresarial suscrito entre COOPERATIVA PROGRESEMOS TRABAJANDO C.T.A. con TEJAR SANTA TERESA S.A. el 1 de abril de 2010 para integrar sus trabajadores asociados a las labores propias del objeto social de la planta de producción de la contratante, por un período de 3 meses desde la firma del documento prorrogable mediante comunicación escrita con 30 de antelación a la expiración. (Fol. 73-79)
- Manual del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo del TEJAR SANTA TERESA del año 2014 (Fol. 80-211)
- Interrogatorio de parte absuelto por la señora SANDRA PATRICIA RODRÍGUEZ AMADO, como representante legal del TEJAR SANTA TERESA, donde expresó que el demandante no era empleado de la empresa pues estuvo vinculado mediante la Cooperativa Progresamos Trabajando y era esta quien le pagaba, que su jefe inmediato era el señor ALFREDO BUITRAGO de la misma cooperativa y que en todo el proceso de clasificación y empaque no hay trabajadores directos.
- Testimonio rendido por FLORENTINO PARRA HERNÁNDEZ, quien expresó que laboró en la empresa demandada por dos períodos: dos años desde el 2002 y luego del 2007 en adelante sin terminación; explicó que desde entonces ya estaban presentes diferentes cooperativas como Avanzar, RH, Progresemos Trabajando y Progresemos SAS, a donde se les vinculó como al mismo demandante. Sobre este señala que empezó en diciembre de 2002, y aunque salió en 2003 a finales el actor siguió y cuando volvió en 2007 seguía ya como coordinador. Explicó que los contratados por cooperativas ejecutaban labores en patio y hornos con herramientas del mismo Tejar. Sobre los pagos refiere que el Tejar los hacía a través de las cooperativas, con algunos retrasos y que el representante de la Cooperativa, Alfredo Buitrago, eventualmente iba a verificar funciones aunque otras veces eran trabajadores normales de la cooperativa o del Tejar.
- Testimonio rendido por ALPIDIO DÍAZ ORTEGA, quien señaló que el demandante ingresó al tejar como obrero y terminó siendo supervisor, laborando alrededor de 11 años, lo que presencié porque él fue trabajador del Tejar desde el 13 de noviembre de 1994 también vinculado mediante empresas de temporales hasta que fue sacado y lo reintegraron por tutela pero ya directamente con la empresa. Señaló que el actor ingresó en el horno realizando actividades de clasificación de materiales hasta ser ascendido a supervisor, donde tomaba nota de las actividades diarias de los otros obreros, sus materiales y resultados. Indicó que el actor comenzó a laborar a principios del año 2003 y finalizó para el año 2013, siendo su dotación entregada por el encargado del almacén del TEJAR SANTA TERESA pero su salario lo cancelaban las cooperativas.
- Testimonio rendido por SATURDINO CÁRDENAS CARPIO, quien manifestó que como empleado administrativo de la empresa TEJAR

SANTA TERESA puede dar fe que el actor prestaba servicios a través de las Cooperativas con que se suscribían convenios empresariales, siendo el coordinador de la parte de clasificación, empaque y embalaje, siendo autónomos y libres en su actividad, cuadraban sus propios horarios pues se les entregaba el patio de zona de almacenamiento y era el señor Alfredo Buitrago quien pagaba las compensaciones, entregaba los elementos y dotaciones, designaba las tareas y lineamientos de calidad.

- Testimonio rendido por ERNESTINA VIDES GUTIÉRREZ, quien señaló que laboraba como auxiliar en la empresa desde el año 2004 mediante otra empresa, pero después fue contratada directamente; sobre el actor refirió que laboraba en las instalaciones del tejar, pero como socio de la COOPERATIVA PROGRESEMOS TRABAJANDO en el proceso de clasificación y empaque, que era un proceso propio de esa entidad y no generaba vínculos laborales con la empresa, pues su jefe directo era el señor ALFREDO BUITRAGO.

Conforme a esta relación probatoria, y reiterando la Sala, que para la existencia de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., el actor debió acreditar la prestación personal del servicio, para de esa forma trasladar a la demandada la carga de la prueba de probar que no existió subordinación; al respecto de la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación N° 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, se refiere las facultades del juez recordando que:

“no están sometidos a la tarifa legal, como quiera que atendiendo los mandatos previstos en el artículo. 61 del CPTSS, ostentan la facultad legal de apreciar libremente los medios de prueba y así formar de manera libre su convencimiento, atendiendo, eso sí, el principio de la sana crítica, lo que conlleva a que sus conclusiones, mientras no sean descabelladas, queden amparadas por la presunción de legalidad y acierto (...) las decisiones se deben fundamentar en los elementos probatorios que le merezcan mayor persuasión y credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure la comisión de un yerro fáctico”

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, esta Sala procederá a analizar si las conclusiones de la jueza *a quo* fueron acertadas respecto de la plena demostración de los elementos constitutivos del contrato de trabajo o si asiste razón al apelante sobre la indebida apreciación de los elementos de prueba reseñados por haberse demostrado que no hubo relación laboral por haberse efectuado un convenio con cooperativas de trabajo asociado que desplegaban procesos productivos autogobernados en las instalaciones del TEJAR SANTA TERESA.

En primera medida, está suficientemente acreditado que el señor NELSON VILLAMIZAR prestó servicios a la demandada EMPRESA TEJAR SANTA TERESA S.A.S. como parte del proceso de clasificación, empaque y embalaje de su producción; circunstancia que está respaldada por todas las declaraciones recepcionadas, quienes coinciden en identificar al actor como un trabajador que inició como obrero y pasó a ser supervisor en la

demandada entre los años 2003 y 2013, de manera que en principio está demostrado que hubo una prestación personal del servicio a favor de la demandada; sin embargo, la entidad en su defensa expone que este vínculo no se suscitó en el ámbito laboral ni directamente con la demandante, pues la entidad suscribía convenios con diferentes cooperativas para la cadena de producción donde desempeñaba funciones el actor y esta actividad era ejecutada administrado por la Cooperativa de Trabajo Asociado Progreseemos Trabajando de manera autónoma y bajo su esquema legal de autogobierno: Por lo que se evaluará si, como se afirma en el recurso de apelación, se encuentra efectivamente demostrado que los servicios prestados por el actor se suscitaron en calidad de cooperado asociado de las cooperativas: CONSERVICIOS LTDA., PROGRESEEMOS TRABAJANDO, AVANZAR PROFESIONAL y RH PRODUCTIVO.

Debemos tener en cuenta que una cooperativa es una asociación de personas que se unen de forma voluntaria para atender y satisfacer en común sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales, de salud, educación y culturales mediante una empresa que es de propiedad colectiva y de gestión democrática.

De igual forma, las cooperativas de trabajo asociado son empresas solidarias, en las que los asociados desarrollan personalmente las actividades propias de su objeto social, a fin de atender las obligaciones comerciales de las cooperativas con sus clientes, en los ámbitos de la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios, según sea el caso, generando trabajo permanente. El desarrollo de las actividades debe hacerse de manera autogestionaria, buscando un ingreso digno y justo en beneficio de los asociados (artículo 1, Decreto 468 /90).

Legalmente las cooperativas están reglamentadas por la Ley 79 de 1988, la cual contempla los aspectos básicos que deben regir el cooperativismo; señalando el artículo 4º que es cooperativa *“la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”*.

Las cooperativas de trabajo asociado, deben ejecutar su objeto contractual con elementos de su propiedad, autonomía administrativa y responsabilidad en la realización de las labores; conforme a los artículos 5 y 6 del Decreto 468 de 1990; en donde se dispone que *“Las cooperativas de trabajo asociado deberán ser propietarias, poseedoras o tenedoras de los medios materiales de labor o de los derechos que proporcionen fuentes de trabajo o de los productos del trabajo”* y que *“La cooperativa de trabajo asociado deberá organizar directamente las actividades de trabajo de sus asociados con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización, características estas que deberán también prevalecer cuando se conviene o contrata la ejecución de un trabajo total o parcial en favor de otras cooperativas o terceros en general”*.

En el sub iudice, se observa que la demandada aporta solamente un convenio empresarial suscrito con la COOPERATIVA PROGRESEEMOS TRABAJANDO el 1 de abril de 2010; el cual tenía una duración de 3 meses prorrogable a petición escrita de las partes. No se aportaron los convenios suscritos con las anteriores cooperativas que sostuvieron las cadenas productivas entre los

años 2003 y 2009, ni las prórrogas que se debían pactar por escrito con PROGRESEMOS TRABAJANDO después de junio de 2010. De manera que solo está demostrada la existencia de un proceso cooperado entre la demandada y una C.T.A. entre abril y junio de 2010.

Así mismo, no se aportaron pruebas de que la vinculación del actor fuera precisamente a través de estas cooperativas con quienes afirmaba tener convenios; inclusive, el único contrato que obra al plenario es del actor con PROGRESEMOS LABORANDO S.A.S., empresa que no debe confundirse con PROGRESEMOS TRABAJANDO C.T.A., pues según su certificado de existencia y representación legal no es una cooperativa, sino una prestadora de servicios de afiliación de seguridad social que suscribió un contrato con el actor para que prestara funciones en la demandada, la que a su vez comunica la terminación el 30 de agosto de 2013.

Es decir, que la demandada TEJAR SANTA TERESA acudía a diferentes empresas para tercerizar la vinculación de sus trabajadores y no necesariamente a cooperativas de trabajo asociado, pues la última relación que se demuestra es con PROGRESEMOS LABORANDO S.A.S. cuya naturaleza jurídica no se corresponde con las modalidades legales de intermediación laboral.

Por lo anterior, no está acreditado que el actor prestara servicios a la demandada mediante un sistema de autogobierno de Cooperativas que ejecutaran su objeto social con plena autonomía luego de que se le hiciera entrega de la tenencia de las instalaciones y muebles necesarios para dicha ejecución con autonomía administrativa; circunstancia que debía quedar plenamente acreditada por la parte demandada, quien alegó que todos los servicios prestados por el actor se ejecutaban por intermedio de PROGRESEMOS TRABAJANDO C.T.A., pero los testigos fueron concordantes en señalar que durante los 10 años que estuvo laborando el actor se presentaron diferentes cooperativas que alternaban la vinculación de los trabajadores del área de clasificación, empaque y embalaje, lo que se respalda con los reportes de afiliación a seguridad social en pensiones del actor y las planillas de nómina aportadas con la demanda.

De esta manera, resultan insuficientes los testimonios aportados por la demandada sobre que era el señor ALFREDO BUITRAGO como director de PROGRESEMOS TRABAJANDO C.T.A. era quien coordinaba todas las labores de los cooperados, pues esta fue solo una de las cooperativas que se evidencian eran las que desempeñaban labores en la empresa y no resultan tampoco adecuados para establecer con plena convicción que el actor prestó servicios permanente y adecuadamente mediante cooperativas de trabajo asociado.

Significa lo anterior, que en este caso el demandante acreditó la prestación de servicios a la empresa demandada, pero esta no cumplió con la carga probatoria de que trata el artículo 167 del C.G.P. de desvirtuar la presunción mediante la demostración plena y suficiente de que estos servicios correspondían a un proceso contratado y administrado autónomamente por cooperativas de trabajo asociado; recordando que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1895 de 2019 que al analizar la autonomía administrativa y responsabilidad en la realización de las labores de las Cooperativas de Trabajo Asociado se ha concluido de vieja data *“la imposibilidad de declarar la existencia del vínculo laboral*

subordinado, entre los asociados y las cooperativas de trabajo, en tanto no le son aplicables las reglas del Código Sustantivo del Trabajo”, siempre que se advierta que los servicios prestados se suscitaron legalmente y sin desnaturalizar la actividad reglamentada del cooperativismo, lo que se reitera no se demostró en el caso concreto.

En consecuencia, se confirmará íntegramente la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes por no demostrarse la adecuada ejecución de convenios mediante cooperativas de trabajo para la prestación de los servicios de NELSON VILLAMIZAR a la empresa TEJAR SANTA TERESA S.A.S.

Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, fijando como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 4 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

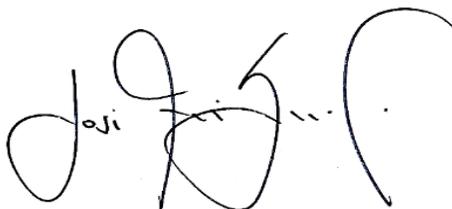
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la demandada. Fijar como agencias en derecho a favor del demandado el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de enero de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2018-00475-00
RADICADO INTERNO:	18.655
DEMANDANTE:	KENDRY LIZZETH DÍAZ HERNÁNDEZ
DEMANDADO:	CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por KENDRY LIZZETH DÍAZ HERNÁNDEZ contra CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2018-00475-00, y Radicación interna N° 18.655 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 7 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora KENDRY LIZZETH DÍAZ HERNÁNDEZ, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER, para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término fijo iniciado el 18 de mayo de 2016 por seis (6) meses, que se prorrogó en dos (2) oportunidades hasta el día 9 de agosto de 2017, hasta que fue terminado unilateralmente con justa causa imputable al empleador por mora en el pago de salarios y auxilio de transporte de junio y julio del año 2017.

Solicita también, que se declare mora en el pago de afiliaciones al sistema de salud y pensiones desde enero a marzo de 2017, se ordene el pago del salario del 1 al 9 de agosto de 2017 y el pago de cesantías, intereses a cesantías, prima de servicios de 2017 y vacaciones del 18 de mayo de 2016 al 9 de agosto de 2017. Que se declare la consignación extemporánea de las cesantías de 2016 y el impago de los intereses a cesantías de 2016, por lo que solicita condena por indemnización moratoria por falta oportuna del pago de salarios y prestaciones sociales del año 2017, como también, por la consignación tardía de cesantías e intereses a cesantías, así como la indemnización por

terminación sin justa causa imputable al empleador, junto a los intereses moratorios e indexación respectiva.

Como fundamento fáctico refiere, que se vinculó a la CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER mediante contrato de trabajo a término fijo el 18 de mayo de 2016 hasta el 17 de noviembre de 2016, el cual se prorrogó por dos veces consecutivas pese a que se entregó el preaviso el 18 de mayo de 2017, pues la actora siguió prestando servicios hasta el 9 de agosto de 2017 como auxiliar de enfermería por 8 horas diarias con salario de \$897.800. Que el 14 de julio de 2017 acudió al Ministerio del Trabajo, quien envió una acción de prevención al empleador por incumplimiento de obligaciones laborales y finalmente el 9 de agosto de 2017, presentó renuncia explicando las justas causas para terminar el contrato en el incumplimiento de pagos oportunos de salarios y prestaciones, lo cual fue aceptado por el empleador. Que al momento de la terminación del contrato se le adeudan salarios desde junio de 2017, no canceló los aportes de seguridad social de enero a marzo de 2017, se hizo la liquidación final pero no le fue cancelada generando mora en una libranza cuyo descuento estaba incluido en dicho documento y adeuda también cesantías, intereses, primas y vacaciones de 2017, cancelando extemporáneamente las cesantías de 2016

La demandada CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER contestó aceptando la existencia del contrato entre el 18 de mayo de 2016 y el 9 de agosto de 2017, cuando se presentó carta de renuncia, vinculación a término fijo prorrogada en 2 oportunidades; niega la justificación para terminar el vínculo laboral pues siempre cumplió oportunamente con sus obligaciones laborales y las leves demoras en los pagos del año 2017 se debieron a problemas en los pagos por la liquidación de SALUDCOOP y la remisión de pacientes por CAFESALUD lo que generó una crisis en el flujo de recursos de la entidad pese a lo cual la entidad siempre ha realizado las gestiones necesarias para cancelar sin que sea su intención desconocer obligaciones laborales. Se opone a las pretensiones alegando que la prórroga del segundo contrato finalizaba el mismo mes de agosto de 2017 que se renunció, y que cualquier mora existente corresponde a razones no imputables, proponiendo como excepciones de mérito COBRO DE LO NO DEBIDO, PAGO TOTAL, INEXISTENCIA DE DESPIDO INDIRECTO, BUENA FE E IMPROCEDENCIA DE LAS SANCIONES MORATORIAS.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del tema de decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 7 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: *Declarar no probada las excepciones propuestas por la Corporación IPS Norte de Santander.*

SEGUNDO: *Condenar a la Corporación IPS Norte de Santander a reconocer y pagar a la demandante Kendry Liseth Díaz Hernández la suma de \$29.926 pesos por conceptos de un día de salario adeudado en Agosto de 2017 la suma de \$2.071 pesos por concepto de un día de auxilio de transporte adeudado en Agosto de 2017.*

TERCERO: Condenar a la Corporación IPS Norte de Santander a reconocer y pagar a la demandante Kendry Liseth Díaz Hernández por concepto de indemnización moratoria por la no consignación de cesantías causadas en el año 2016, un salario diario \$29.926 pesos desde el 16 de Febrero del 2017 hasta el 09 de Agosto de 2017 que corresponden a un total de \$5.207.240 pesos conforme al artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

CUARTO: Condenar a la Corporación IPS Norte de Santander a reconocer y pagar a la demandante Kendry Liseth Díaz Hernández por concepto de sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T, la suma de un salario diario de \$29.926 pesos desde el 10 de Agosto de 2017 hasta el 15 de Diciembre del 2017, que corresponde a un total de \$3.770.676 pesos.

QUINTO: Condenar a la Corporación IPS Norte de Santander a reconocer y pagar a la demandante Kendry Liseth Díaz Hernández la indemnización por despido consagrada en el artículo 64 del C.S.T equivalente a la suma de \$2.932.748 pesos

SEXTO: Condenar en costas a la parte demandada por haber resultado vencida en el juicio.

SÉPTIMO: Absolver a la parte demandada de las demás pretensiones incoadas en la demanda, esta decisión se notifica en estrados.”

2.2. Fundamento de la decisión.

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

- Que el debate se circunscribe en determinar si la Señora KENDRY LISETH DÍAZ HERNÁNDEZ, tiene derecho a que la demandada le reconozca y pague los salarios causados en el periodo comprendido entre el 1 al 9 de Agosto de 2017, las cesantías e intereses de cesantías causados en el periodo que va desde el 1 de Enero al 9 de Agosto del 2017, las primas de servicio correspondientes al 1 de Julio al 09 de Agosto del 2017, las vacaciones causadas desde el 18 de Mayo del 2016 al 09 de Agosto del 2017, la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías conforme a lo estipula en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización por despido y los aportes al Sistema de Seguridad Social que se encuentra en mora.

- Señala, que no es un hecho discutido la existencia del contrato a término fijo vigente del 18 de mayo de 2016 al 17 de noviembre de 2016 prorrogado hasta el 9 de agosto de 2017 cuando renunció la actora alegando incumplimiento de las obligaciones laborales y si bien se realizó una liquidación final de prestaciones, esta no fue cancelada según se declaró en la confesión ficta por inasistencia del representante legal de la demandada al interrogatorio de parte y se deriva de las manifestaciones de la contestación de la demanda.

- Explica, que en la citada liquidación arrojó un total de \$1.558.080, del cual se descontó \$1.548.080 por concepto de libranza quedando solo \$10.000 a favor de la actora que según folios 238 a 239 fue cancelado los días 12 y 15 de diciembre de 2017, según consignaciones aportadas y que es confirmado por la actora en su interrogatorio de parte, quedando en discusión si dicho valor realmente cubre el saldo adeudado. Aclarando que en dicha liquidación se tuvieron en cuenta solo 8 días de agosto de 2017, en lugar de los 9 que realmente correspondían.

- Revisada la liquidación, concluye que se adeuda un día de salario y auxilio de transporte de agosto de 2017, pero la prima de servicios, cesantías e intereses a cesantías sí fueron liquidada con base a 39 días por lo que se encuentran canceladas debidamente.

- Señala, sobre la moratoria por no consignación oportuna de cesantías y por no pago de las prestaciones al finalizar la relación laboral, que estas no operan de manera automática sino que dependen de la conducta del empleador y si existe justificación para su mora; en este caso, la demandada debía consignar antes del 15 de febrero de 2017 las cesantías causadas en el año 2016, pero a folio 240 obra prueba del pago realizado hasta el 2 de noviembre de 2017 y como se dijo, las prestaciones finales no se pagaron el 9 de agosto de 2017 que finalizó la relación sino hasta el 15 de diciembre, lo que se justifica en la crisis financiera que sufría por la falta de recursos por la intervención de la E.P.S. SALUDCOOP, pero se evidencia que se trata de personas jurídicas diferentes por lo que la situación de la primera no resulta oponible.

- Agrega, que la demandada contaba con patrimonio propio para cumplir con sus obligaciones laborales, no siendo dable que el trabajador asuma los riesgos o pérdidas del empleador conforme señala el C.S.T. y no puede catalogarse cualquier deuda de SALUDCOOP como fuerza mayor o caso fortuito pues la IPS tiene un objeto social no limitado a la E.P.S. intervenida y prestaba servicios a otras entidades, siendo el impago de usuarios un riesgo propio de toda empresa que debía ser previsto. No se demostró tampoco que la entidad ejerciera acciones tendientes a dar cumplimiento a sus obligaciones pese a los múltiples requerimientos de la actora directamente o a través del Ministerio del Trabajo, por lo que su actuación no fue de buena fe.

- Por lo anterior, procede condena por concepto de indemnización moratoria por la no consignación de cesantías causadas en el año 2016 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 correspondiente a un salario diario de \$29.926 pesos desde el 16 de febrero de 2017 hasta el 09 de agosto del 2017, que corresponde a un total de \$5.207.240 pesos y como sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo la suma de un salario diario de \$29.926 pesos desde el 10 de Agosto del 2017 hasta el 15 de Diciembre del 2017, que corresponde a un total \$3.770.676 pesos, sin que el día de salario y auxilio de transporte reconocido sea susceptible de seguir causando la misma por su valor ínfimo.

- Sobre los aportes a seguridad social reclamados, encuentra que conforme a los folios 267 a 269 del expediente la demandada canceló a PORVENIR de manera extemporánea los aportes de los períodos reclamados, por lo que cumplió con su obligación.

- Respecto a la indemnización por despido indirecto, esta se causa cuando la terminación del contrato de trabajo es decidida por el trabajador pero que no es atribuible a su voluntad sino a circunstancias determinadas por el empleador quien provoca la renuncia y al momento de presentarla, el trabajador debe exponer los motivos que lo llevaron a tomar esa decisión por lo que se evidencia que el 9 de agosto se entregó carta de renuncia indicando que se motivaba en el incumplimiento de las obligaciones del empleador lo que está plenamente acreditado al expediente y ello demuestra el incumplimiento de las obligaciones laborales como justa causa para hacer acreedor al actor de la indemnización.

- En lo referente al monto, señala que el contrato a término fijo inicial por 6 meses fue del 18 de mayo al 17 de noviembre de 2016 y se prorrogó del 18 de noviembre de 2016 al 17 de mayo de 2017 y luego del 18 de mayo al 17 de noviembre de 2017, por lo que se adeudan los salarios causados entre el 10 de agosto al 17 de noviembre de 2017 correspondiente a 98 días para un total de \$2.932.748.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte demandada presenta recurso de apelación contra la decisión en contra, manifestando los siguientes argumentos:

- Que si bien la IPS tuvo falencias en sus pagos laborales no fue por mala fe sino por su dependencia económica de otras empresas o entidades de salud.

- Sobre la declaratoria de mora en la liquidación final del contrato y cesantías que generó las condenas por indemnización, señala, que las prestaciones causadas por la finalización de la relación laboral fueron canceladas a la Cooperativa de Ahorro y Crédito PROGRESA por el crédito pendiente de modalidad libranza que fueron finalmente realizados a dicha entidad como era su deber legal y canceló la diferencia a la trabajadora según lo demostrado.

- Agrega, que las sanciones moratorias impuestas consagradas en dos normas diferentes no pueden ser concurrentes entre ellas y en este caso debió haberse aplicado la del artículo 65 del C.S.T. y no la de la Ley 50 de 1990 por cesantías, como señala la providencia del 27 de marzo de 2001 en rad. 14.379, donde también se resalta que en todo caso no se trata de sanciones automáticas, sino que debe verificarse la conducta del empleador para determinar si hubo mala fe del mismo.

- Siguiendo esta línea argumentativa, refiere, que durante los más de 16 meses que duró la relación laboral apenas se presentaron leves incumplimientos por el agotamiento de las fuentes de financiamiento externo de la IPS ante la volatilidad del sector salud que le impidió acceder a créditos para cubrir estas obligaciones, siendo el retraso en la liquidación de cesantías una circunstancia ajena a la intención de la empresa o con el objeto de perjudicar a la trabajadora, a quien se le cancelaban oportunamente sus prestaciones e inclusive se reconocían beneficios de carácter extralegal.

- Sobre la indemnización por despido indirecto, señala, que no se trata de una renuncia motivada pues en la emisiva presentaba por la señora Kendry Díaz no se infiere que en su decisión el empleador hubiera engañado u obligado mediante la fuerza a tomar la apresurada decisión adoptada, siendo en la demanda donde se pretende hacer ver que fue el determinante de esa decisión cuando no fue así.

- Concluye que la empresa nunca obra de mala fe, estuvo siempre presta a aportar a la trabajadora sus prestaciones sociales y pagar lo correspondiente, viéndose condicionada por su fuente de financiamiento.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

La apoderada de la parte actora reiteró expresamente los hechos y pretensiones esbozados en la demanda, señalando que las pruebas practicadas en primera instancia permitieron demostrar que la señora DÍAZ HERNÁNDEZ suscribió y ejecutó los contratos como auxiliar de enfermería conforme al contrato suscrito, el cual se prorrogó automáticamente hasta el 17 de noviembre de 2017 y cuya remuneración se afectó en los meses de junio y julio de ese año por lo que se generó el retiro de la trabajadora el 9 de agosto, en vista del incumplimiento de las obligaciones del empleador tanto en concepto de salarios como de aportes a seguridad social desde noviembre de 2016, por lo que se vio forzada a renunciar para buscar un medio de subsistencia y que ante la difícil situación de empleo en la ciudad tuvo que acudir a préstamos. Que se demostró que hasta julio de 2018 se dio el pago de los aportes a seguridad social y también de manera tardía se pagaron las cesantías, por lo que solicita se mantenga la indemnización por terminación imputable al empleador, al existir renuncia con justa causa del trabajador y teniendo en cuenta las consecuencias en su capacidad económica que tuvo el despido debe también confirmarse la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., solicitando que no se acceda a revocar el fallo en los términos del recurso de apelación.

• PARTE DEMANDADA:

El apoderado de la entidad demandada señala que no se opone a la declaratoria de la relación laboral desarrollada entre el 18 de mayo de 2016 y el 9 de agosto de 2017; señaló que al finalizar la relación se canceló la liquidación final por total de \$1.558.080 y luego de aplicar los descuentos legales incluyendo una libranza se consignaron los \$10.000 restantes, según prueba aportada. Se opone a que se acepte como motivada la renuncia de la trabajadora, sino que fue una decisión libre de la actora y si bien se presentaron leves retrasos en el pago de prestaciones, estos fueron por una situación irresistible ante los incumplimientos de acreedores de la entidad, explicando que en el curso de la relación se cumplieron debidamente todas las obligaciones a su cargo y no hubo un incumplimiento sistemático conforme a las pruebas aportadas. Solicita se tengan en cuenta consideraciones de otras sentencias donde se valoró el efecto de las deudas

de Saludcoop en sus acreedores para impedirle cumplir sus obligaciones laborales y que constituyen una justificación de los leves retrasos. Misma situación que afirma le exonera de la mala fe para imponer la indemnización moratoria, pues la crisis generada por las deudas de las E.P.S. generaron la imposibilidad de asumir cumplidamente algunas obligaciones laborales pero que ya fueron canceladas y por lo que se agotaron todas las fuentes de financiamiento, no existiendo intención defraudadora o malintencionada del empleador.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Resultan procedentes las condenas impuestas a la demandada CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER, por concepto de indemnización por terminación sin justa causa imputable al empleador y moratorias del artículo 65 del C.S.T. y artículo 99 de la Ley 50 de 1990?

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, procede la Sala a determinar si con motivo de la terminación de la relación laboral que existió entre la señora KENDRY LIZZETH DÍAZ HERNÁNDEZ y la empresa CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER, hay lugar a condenar a la demandada por los conceptos de indemnización por terminación sin justa causa imputable al empleador y las sanciones moratorias del artículo 65 del C.S.T. y artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por impago de liquidación final de prestaciones y no consignación oportuna de cesantías.

El juez *a quo* estableció, que al no existir duda sobre la existencia de la relación laboral, se debían analizar los diferentes incumplimientos alegados en la demanda y por ello, se evidenció que efectivamente hubo demora en el pago oportuno de salarios y prestaciones, pues las cesantías de 2016 fueron consignadas hasta noviembre de 2017, la liquidación final de prestaciones se pagó hasta diciembre de 2017 y la actora renunció por las deudas de su empleador, lo que hacía procedente tanto la indemnización por despido indirecto como las moratorias liquidadas hasta la fecha de pago. Conclusión a la que se opone el apelante, al estimar que no hubo de su parte una actuación de mala fe que buscara defraudar a la trabajadora pues estuvo condicionada por la intervención de SALUDCOOP, para responder por sus deudas y que la actora renunció sin que esa decisión sea imputable al empleador.

De conformidad con el principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., al no interponer recurso de apelación la parte demandante no es posible realizar pronunciamiento en segunda instancia sobre las pretensiones que fueron negadas en primera instancia por las que se declaró pago o la fecha en que se dejaron de causar las indemnizaciones

impuestas; igualmente, por no existir pronunciamiento expreso en contra de la demandada en su apelación, la condena del numeral segundo de la sentencia por un día de salario y auxilio de transporte no es objeto de controversia en esta instancia.

Por lo anterior, procede la Sala a analizar las dos condenas que fueron objeto de recurso de apelación: la indemnización por despido indirecto y las sanciones moratorias.

7.1 Despido indirecto

Sobre la terminación de la relación laboral, desde la demanda se afirma que la actora el 9 de agosto de 2017 al finalizar su jornada entregó carta de renuncia a su cargo justificada en los incumplimientos de pagos salariales de junio y julio de ese año que la mantenía imposibilitada para responder por sus obligaciones familiares, costear su alimentación y los estudios de su hija menor de edad.

Se ha establecido que cuando un trabajador es obligado a renunciar por los actos u omisiones del empleador que implican el incumplimiento de las obligaciones que le impone la Ley como tal, y estas circunstancias son debidamente demostradas se configura el despido indirecto.

Para abordar este asunto, es muy importante tener claro lo establecido en el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo cuando dice *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.”*

Así las cosas, el trabajador al momento de renunciar, en su carta debe exponer los motivos que lo llevaron a tomar la decisión y así lo ha establecido con claridad la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en providencia SL10546 de 2014 explica: *“En lo tocante con la indemnización por despido indirecto, (...) su prosperidad está condicionada a que en el acto de la terminación del contrato de trabajo, el demandante señale con precisión al empleador, el motivo de la ruptura contractual”*.

Más recientemente, en la providencia SL1082 de 2020, la Corte explica:

“El despido indirecto o autodespido producto de la determinación del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST, así se expuso en sentencia CSJ SL14877-2016, rad. 48885, en la que se dijo que: «El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST».

Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca

*efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que **los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador.** Adicionalmente, las razones que justifican esa decisión de terminar el nexo de trabajo, deben ser expuestas por el trabajador con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a la ruptura del contrato. (...)*

Por otra parte, si bien se ha señalado que frente a un despido, basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta; para el caso del despido indirecto, también le corresponde al trabajador demostrar que la decisión de poner fin al vínculo obedeció, se itera, a justas causas o motivos imputables al empleador; siendo importante acotar que el documento por medio del cual se finaliza la relación laboral invocando estas justas causas, simplemente «es declarativo de circunstancias, condiciones o hechos sucedidos dentro de la vigencia del contrato, más no, demostrativo de dichas circunstancias, condiciones o hechos»

Pese a lo anterior, cabe destacar que frente a un despido indirecto, si el empleador, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él le corresponde el deber de probarlos. Situación diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él invocados como faltas graves”.

Siguiendo estos preceptos legales y jurisprudenciales, se advierte, que a folios 17-18 obra comunicación del 9 de agosto de 2017 suscrita por la actora y recibida por CORPORACIÓN IPS NORTE DE SANTANDER a las 5:55 p.m., donde manifiesta su renuncia al cargo de auxiliar de enfermería por el no cumplimiento en el pago de salarios, la mora en el cubrimiento de aportes pensionales, la falta de consignación de cesantías e inclusive malos tratos de sus superiores.

En esa medida, no existe duda que la parte actora cumplió con su carga de establecer al finalizar la relación laboral, cuáles fueron los motivos para terminar de su parte la misma y que estos fueron motivados por actuaciones de la demandada, comunicándosela debidamente.

Frente a la ocurrencia de la motivación para dar por terminado su contrato de trabajo, se resalta, que quedó plenamente demostrado en primera instancia, que al finalizar la relación laboral a la actora se le adeudaban salarios y prestaciones por parte de su empleador, quien en la contestación acepta la existencia de “*leves retrasos*” en el cumplimiento de sus obligaciones por la situación económica dejada por la intervención de la E.P.S. SALUDCOOP. Así mismo, está demostrado que las cesantías del año 2016 fueron consignadas con posterioridad a la renuncia de la actora y los aportes reclamados solo se pagaron hasta el año 2018.

Por lo anterior, se configura la justa causa del numeral sexto literal b del artículo 62 del C.S.T. para que el trabajador de por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por incumplimiento de las obligaciones legales del empleador y se hace acreedora a la indemnización por despido indirecto; no asistiéndole razón a los argumentos del apelante, quien esgrime, que la trabajadora no sufrió engaños o fue forzada a tomar esa decisión, pues estas no fueron las causas invocadas por la actora y en todo caso una persona que no recibe las contraprestaciones propias de los servicios prestados y bajo las condiciones pactadas, está en el derecho a invocar este incumplimiento para terminar la relación y causar en su favor, la indemnización legal correspondiente.

De esta manera, teniendo en cuenta las causas alegadas por el trabajador, para terminar la relación laboral, si el empleador pretendía ser absuelto por la indemnización debía ejercer su actividad probatoria a demostrar que dichas causas no eran ciertas y, por el contrario, las pruebas aportadas permitieron comprobar su incumplimiento en el pago oportuno de salarios y prestaciones a la actora.

En consecuencia, se confirmará el numeral quinto de la sentencia impugnada que condenó al pago de la indemnización por terminación unilateral por justa causa imputable al empleador, sin que las partes controvirtieran sobre el monto en que se liquidó la misma.

7.2 Indemnización moratoria

Agotado lo anterior, corresponde ahora establecer si son procedentes las indemnizaciones moratorias solicitadas en la demanda por la no consignación oportuna de cesantías en el fondo.

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

Por su parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece en su numeral tercero que *“El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*.

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

condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe para exonerar al empleador”; esta noción que rechaza la aplicación automática de la indemnización moratoria se extiende a la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, indicando la Sala de Casación Laboral en sentencia SL3492 de 2018, que *“para su imposición el fallador debe analizar la conducta del empleador a efectos de establecer si la omisión en la consignación de las cesantías estuvo revestida de buena fe de parte aquel para, de esta manera, proceder a eximirlo de su pago”*.

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

Ante ello, no existe un parámetro objetivo para determinar la buena fe del empleador por no cancelar las prestaciones laborales respectivas al trabajador cuando ha finalizado la relación laboral, sino que compete al juzgador establecer si existió alguna justificación que permita entrever que el empleador entendía que no estaba obligado a cancelar los derechos reconocidos, o que estaba convencido de que existían serias razones objetivas y jurídicas para abstenerse de hacer los pagos.

En el presente caso, la jueza a quo concluyó que la demandada como institución prestadora de servicios de salud, tenía un objeto social que no estaba limitado a ejecutar actuaciones exclusivamente para la E.P.S. SALUDCOOP y que las crisis económicas no constituyen fuerza mayor o caso fortuito, dado que contaba con patrimonio propio y la demora en el pago de facturas de cualquier deudor a una empresa es un riesgo propio y previsible, que debió ser atendido diligentemente sin imponerle las consecuencias a la trabajadora.

Sobre la forma de valorar la mala fe, la sentencia SL11436 del 29 de junio de 2016 (Rad. 45.536 y M.P. GERARDO BOTERO) hace un recorrido sobre los precedentes que debe seguir todo funcionario judicial al estudiar la imposición de la indemnización moratoria; destacando que el simple desconocimiento del contrato de trabajo al contestar no sirve para absolver al empleador, ni la declaración genera automáticamente la condena a favor del trabajador pues *“se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria sobre las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del vínculo”* para definir la buena o mala fe.

Algunos elementos a tener en cuenta son la conducta del empleador, tanto en el desarrollo de la relación como con su finalización, esto es, *“en relación*

a los actos y comportamientos del empleador moroso que permitan descalificar o no su proceder”, recordando que en decisiones previas se dieron algunos parámetros como la necesidad de evaluar “si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no pagarlos”, también si “éste tuvo razones serias y atendibles, que le generaron el convencimiento sincero y honesto de no deber, o que justifiquen su incumplimiento”.

Alega entonces el apelante que sí cumplió con su deber legal de cancelar a la trabajadora su liquidación final y demás prestaciones aunque condicionada por la situación económica del sector salud, la intervención de la E.P.S. SALUDCOOP que le dejó varias deudas sin cancelar que limitaron su flujo de capital y que impidió además acceder a fuentes alternativas de financiamiento.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL2809 de 2019 recordó que el hecho de que una empresa atravesase dificultades económicas, no es una circunstancia que automáticamente la coloque en situación de buena fe, y como consecuencia, la releve de ser condenada a la indemnización moratoria; y recalca que se trata de una postura sostenida en decisiones anteriores, como la sentencia SL2448 de 2017 donde se explica que el hecho de que una empresa atravesase dificultades económicas que le lleven a acudir al trámite de reactivación empresarial e inclusive la insolvencia económica o iliquidez, es una circunstancia que:

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

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

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

laborales de los trabajadores, no debe perderse de vista, que éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono, tal como lo prevé el artículo 28 del C. S.T.

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

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

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

Frente a tal, no existe prueba alguna en el plenario que denote que el empleador tomó las medidas necesarias para amortiguar la falta de recursos económicos, ni tampoco existe un elemento de convicción que indique que la IPS aludida ejerció acciones tendientes al cumplimiento de las obligaciones laborales y remedio a la crisis; por ejemplo, afirma que intentó acudir a fuentes de financiamiento a las que finalmente no accedió, pero ningún elemento de prueba se aportó para establecer si realmente la demandada acudió a entidades bancarias para solicitar créditos que le hubieran permitido cancelar sus prestaciones laborales.

Tampoco debe perderse de vista que el empleador, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333) y en este caso, la actuación de la demandada provocó que la actora fuera objeto de cobros indebidos por parte de la acreedora de su libranza, dado que era un deber del empleador haber dirigido oportunamente el pago de la liquidación para cubrir este rubro.

Respecto del alegato del apelante dirigido a reclamar por la concurrencia de ambas indemnizaciones, se advierte que esta situación no se corresponde con la condena impuesta; nótese que la sanción por no consignación oportuna de las cesantías se liquidó desde el 15 de febrero al 9 de agosto de 2017 y la moratoria por impago de la liquidación final se liquidó del 10 de agosto al 15 de diciembre de 2017, no coincidiendo en momento alguno. Ahora bien, también se aclara que la primera se causó por no consignar en un fondo las cesantías del año 2016 y la segunda por no pagar la liquidación al finalizar la relación laboral, por lo que tampoco constituyen doble sanción por un mismo hecho.

Al no ser de recibo los argumentos del apelante para revocar las sanciones moratorias, se confirmarán los numerales tercero y cuarto de la sentencia impugnada que condenó por estos conceptos.

Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, fijando como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor de la demandante.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR los numerales tercero, cuarto y quinto de la sentencia del 7 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

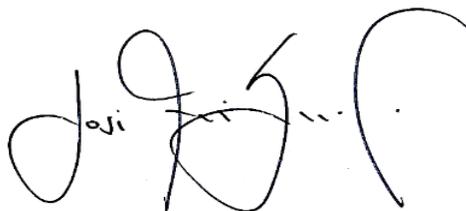
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia al demandante. Fíjense como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor de la demandante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de enero de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2019-00330-00
RADICADO INTERNO:	19.062
DEMANDANTE:	LUIS ALFREDO GALVIS JIMENEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS ALFREDO GALVIS JIMENEZ contra COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2019-00330-00, y Radicación interna N° 19.062 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la Sentencia del 07 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor LUIS ALFREDO GALVIS JIMENEZ interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las A.F.P. PORVENIR y PROTECCIÓN para que se declarara la nulidad absoluta del traslado del RPM al RAIS efectuado el 28 de agosto de 1996 inicialmente a PROTECCIÓN S.A. y posteriormente a PORVENIR S.A., como consecuencia de lo anterior el traslado la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES y a su vez, se ordenara recibir al afiliado sin solución de continuidad, como peticiones subsidiarias, solicitó declarar a las AFP demandadas, como responsables de perjuicios causados y en consecuencia, el pago de pensión de vejez en las condiciones en que hubiese recibido pensión si hubiese continuado en RPM.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que el actor nació el día 27 de noviembre de 1955, razón por la cual, cumplió la edad de pensión de vejez en el 2017; que estuvo afiliado al RPM y cotizó 719 semanas, se trasladó el 28 de agosto de 1996 al RAIS inicialmente administrado por PROTECCION S.A., sin recibir ilustración de fondo sobre la decisión, posteriormente se traslado a PORVENIR S.A. donde se encuentra actualmente, sin haber tomado la decisión de manera libre y voluntaria; refiere haber cotizado en ese régimen, más de 1113 semanas, generando una suma superior a 1832 entre los dos regímenes.

Que radicó derecho de petición ante las AFP PROTECCION y PORVENIR, el día 13 de junio de 2019 solicitando la ineficacia del traslado, que el día 04 de julio de 2019, le fue entregada una simulación de pensión por parte de esta última AFP, donde se le hace una proyección de la mesada pensional a recibir en RAIS que asciende a \$828.116, y lo que debería recibir si estuviera en el RPM, con base en el IBL promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, equivalente a una mesada de \$ 1.969.345,

igualmente, el día 12 de junio de 2019, solicitó el traslado de régimen ante COLPENSIONES bajo el radicado 2019-7880752.

COLPENSIONES, contestó la demanda, aceptando únicamente los hechos referentes a la fecha de nacimiento del actor, los aportes realizados al RPM y la radicación de la solicitud de traslado, se opuso a todas las pretensiones principales y subsidiarias y fundamento su posición en que, al actor, le faltan menos de 10 años para pensionarse, estando incurso en lo establecido en el literal b) artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el literal e) modificado por la Ley 797 de 2003, propuso como excepciones de fondo: cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción e innominada.

La AFP PROTECCIÓN, contestó afirmando que no son ciertas las afirmaciones del actor, pues todas las afiliaciones se acompañan de una asesoría profesional con un estudio profundo del sistema general de pensiones; se opone a las pretensiones señalando que su actuación está sometida a los parámetros legales y no le corresponde devolver ningún aporte porque ya el actor está afiliado a otra AFP. Propone como excepciones inexistencia de la obligación, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver comisión de administración, cuota de seguro previsional, buena fe e innominada.,

La A.F.P. PORVENIR, contestó señalando que se atiene a los hechos que resulten probados sobre la afiliación a PROTECCIÓN, niega que hubiera vicio del consentimiento en su traslado porque su firma obra en el formulario para certificar su decisión libre y espontánea, pues la entidad informa a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual y se hacen los envíos de extractos trimestrales. Se opone a las pretensiones por estimar que no existe vicio que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado, y en todo caso solicita que se tengan en cuenta las restituciones mutuas, así como la equivalencia de lo ahorrado en semanas. Propone como excepciones la FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 07 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del demandante **LUIS ALFREDO GALVIS JIMENEZ**, al régimen de ahorro individual con solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado bajo la ficción jurídica de que aquel nunca se trasladó al RAIS, o más bien, siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**.

TERCERO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES**, los aportes realizados por el demandante **LUIS ALFREDO GALVIS JIMENEZ**, las sumas de dinero percibidas por concepto de porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, la prima de seguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 debidamente indexados, por el periodo en que la actora permaneció afiliada a esa administración.

CUARTA: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, los descuentos realizados de los aportes del demandante LUIS ALFREDO GALVIS JIMENEZ, por concepto de gastos de administración y las primas de los seguros previsionales, por el periodo que va del 02 de septiembre de 1996 a 29 de abril de 2001.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES S.A., que valide la afiliación del demandante LUIS ALFREDO GALVIS JIMENEZ, en los términos reseñados en el numeral primero, y reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

SEXTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas.

SEPTIMO: CONSULTAR esta sentencia a favor de COLPENSIONES conforme el artículo 69 del CPTSS.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

La jueza de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

La forma en que se planteó el litigio fue resolver si el traslado realizado por el demandante del RPM al RAIS administrado por PROTECCION S.A. es ineficaz por no cumplir esta AFP con el deber de información que le exigía la ley.

Tuvo en cuenta el análisis de la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral, en Sentencia SL 1688 de 2019 en la cual hizo referencia a las etapas normativas en materia de traslados de régimen pensionales que le han impuesto obligaciones a las AFP, que se han vuelto más estrictas, razón por la cual, se debe determinar el momento histórico, para saber si se cumplido con el deber de información.

Que al considerar que el traslado al RAIS tuvo lugar el día 02 de septiembre de 1996, inicialmente a PROTECCION S.A., posteriormente a BBVA hoy PORVENIR S.A., ello significa que la etapa correspondiente era la referente a la fundación del sistema, donde existía un deber de información necesaria y transparente por parte de las AFP.

Que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que desde siempre se ha exigido un deber de información, por cuanto en ello está presente la decisión libre y voluntaria requerida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole.

También, se ha exigido por parte de la jurisprudencia, la exigencia en cabeza de las AFP, dar cuenta que documentaron clara y suficientemente de los efectos del cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz, este tránsito.

Citó el Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde creación, en relación con obligación de suministrar información necesaria para lograr transparencia en operaciones que realicen.

Que, se requería una información sobre características, beneficios y riesgos sobre los diferentes regímenes pensionales, en ese caso, en relación con el traslado de a PROTECCION, únicamente se allegó el formulario de afiliación donde se indica que la afiliación se dio de manera libre y voluntaria y una respuesta a un derecho de petición, donde se le señala que no existía soporte sobre la información suministrada, dado que fue verbal, no obstante, afirman que sus asesores son idóneos prueba que no fue aportada según la carga impuesta en el artículo 167 del CGP.

Que, según las pruebas, dentro del mismo RAI, se dio otro traslado el 30 de abril de 2001, a BBVA S.A. entidad fusionada con PORVENIR S.A., sobre el cual, tampoco existe prueba en la que se constante habersele brindado información adecuada al actor de acuerdo con exigencias normativas vigentes a la época.

Solamente hasta el año 2019, el 26 de junio de 2019, le realizó proyección pensional al demandante respecto de lo que correspondería en el RPM y el RAIS, donde se evidencia que era mas favorable en el RPM, no obstante, dicha información, fue suministrada de manera inoportuna, dado que para ese año contaba con 64 años de edad, por lo cual, no le era dable regresarse al RPM, debido a las limitaciones del artículo 13 Ley 100 de 1993.

En lo que respecta a PORVENIR S.A., en el sentido de afirmar no tener el deber de información hacia el demandante, debe señalarse que el traslado se perfeccionó en el 2011, fecha para la cual, estaba en vigencia la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, normas que le exigían actuar con transparencia y obrar con la debida diligencia y suministrar información oportuna.

Concluyó que, ni PROTECCION S.A. ni PORVENIR S.A., cumplieron con la carga probatoria en relación con demostrar el deber de información.

Señaló que, no había prescripción, por cuanto tenía un carácter imprescriptible según la Sentencia en cita, dado que corresponde a un hecho jurídico inalienable, justiciado en todo tiempo.

Respecto a excepción de inexistencia de obligación de devolver comisión de administración y seguros, señaló que, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta radicado interno PT 18.663, advirtiendo que, las consecuencias de la declaración de ineficacia, implica devolución de gastos de administración, rendimientos y demás valores recibidos.

No accedió a pretensiones subsidiarias por acceder a principales y condenó en costas.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada COLPENSIONES

La apoderada de COLPENSIONES presenta recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que no está conforme con la orden de recibir la afiliación del demandante, pues no es posible aceptar su traslado dado que al actor le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión al momento en que se presentó la demanda, conforme dispone el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modifica el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

- Que la ineficacia del traslado, no resulta procedente pues para el momento en que el actor ejerció su afiliación lo hizo cumpliendo las leyes colombianas y en ejercicio de su derecho a libre elección de regímenes, siendo anterior a la Ley 1328 de 2009.

- Que COLPENSIONES, no tuvo intervención al momento de brindarle información al demandante para su traslado libre y voluntario, donde era el actor quien estaba en facultad de decidir qué fondo le favorecía más para su derecho a la pensión y conociendo que en el régimen privado se manejaban otras expectativas, debiendo actuar en defensa del fondo común.

- En relación con las costas, considera que no deben proceder por haber actuado de buena fe.

3.2 De la parte demandada PROTECCIÓN

El apoderado de la A.F.P. PROTECCIÓN interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que se opone a la condena elevada en su contra, dado que PROTECCION, la única carga que tenía con base en la ley, era la inscripción de un formulario, además la afiliación se efectuó libre de expresiones, dado que se hace constar según firma y texto de formulario de afiliación.

- Que hay inexistencia de obligación de devolver comisión de administración, cuando se declare la nulidad o ineficacia, requiere de dos requisitos, 1) porque hay restituciones mutuas, como lo establece el Código Civil, por lo cual no se puede desconocer que los frutos o mejoras del afiliado, son rendimientos de la cuenta de ahorro individual y esos aportes ordenados trasladada, son producto de la buena gestión de la AFP, por lo cual debe conservar el costo en el que incurrió.

- Que se ordenó devolver lo correspondiente a seguros pagados por la aseguradora la cual no fue vinculada al proceso como litisconsorte necesario, por lo cual, recae en PROTECCION S.A. debe incurrir en su devolución generando un empobrecimiento y enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

3.3 De la parte demandada PORVENIR

El apoderado de la A.F.P. PORVENIR interpone recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que al revisar la demanda, se evidencia que, el actor cuestiona el traslado realizado por PROTECCIÓN S.A. en el año 1996 y por ende, así mismo, no se encuentra en las pretensiones que se persiga de porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, la prima de seguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes tal y como se ordenó, sin que si quiera fuese discutido dicho asunto.

- Que, si bien el juez tiene facultades extra y ultra petita, las mismas están restringidas en el CPT a que se trate de derechos mínimos e irrenunciables y que se hayan discutido dentro del proceso el alcance, que no ocurrió en el caso concreto.

- Que el traslado primigenio fue realizado por PROTECCION S.A., por lo cual, no podía endilgarse a PORVENIR S.A. una supuesta falta de información de un tercero.

- Que no se comparte la sentencia, debido a que si bien es cierto se ordena a PORVENIR, devolver aportes mas rendimientos, no se encuentra lógico, que se condene a restituir los demás conceptos, porque esos rendimientos se produjeron por la labor de PORVENIR S.A., que no hubiesen podido generarse sino incurriendo en los demás gastos.

- Que no es de recibo que no se tuviera en cuenta una restitución de frutos conforme el artículo 964 del código civil, pues debió tenerse en cuenta el gasto ordinario que se implementa para la inversión en productividad de los fondos, incluyéndose la orden de remitir al régimen de prima media los frutos que se causaron en favor de la administradora y los gastos de administración que estos implican, donde se retribuye el ejercicio para generar la rentabilidad de los ahorros.

- Que estimaría improcedente e inclusive un enriquecimiento injustificado en favor de COLPENSIONES, y in empobrecimiento de PORVENIR.

- En lo que refiere a las primas de seguros, hay tener en cuenta que dichos gastos se erogan a favor de terceros, que son las compañías aseguradoras, que no hicieron parte dentro del proceso, por lo cual, considera que esos servicios fueron prestados y resulta difícil su devolución.

- Que no se comparte lo manifestado en el sentido de interpretar que AFP PORVENIR sí hizo una solicitud de traslado entre fondos, que obra en el expediente, con un formulario con firma manuscrito por demandante, dejando constancia que fue conforme a la ley y con información suficiente, además de publicaciones realizadas en medios de comunicación, donde informaban las características del fondo y posibilidades para devolverse al RPM.

- Que el demandante pudo retractarse del traslado y tampoco hizo uso de esa facultad, que trimestralmente al demandante se remitía informaron sobre características del fondo y rendimientos. Por lo cual, considera que estuvo siempre familiarizado con las posibilidades que el fondo le permitirá, por lo cual, si bien es cierto, el fondo tiene cargas informativas, no es menos cierto que, los afiliados tienen una serie de deberes y posibilidades que la misma ley le impone, en consecuencia, nadie puede alegar su propia torpeza.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

La apoderada del actor solicitó se confirmara la sentencia proferida, atendiendo a que si bien los traslados del 28 de agosto de 1996 y el 1 de junio de 2001 eran aparentemente libres y voluntarios no estuvieron precedido de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad; exponiendo que no recibió esa información necesaria y pertinente para conocer los efectos de su decisión, generando la ineficacia por carecer de un consentimiento informado sobre su futuro pensional y así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, sin exigir afectación clara y concreta sobre un derecho consolidado pues la carga de la prueba de la asesoría adecuada compete a las AFP, que es un deber constituido desde su creación.

• PARTE DEMANDADA:

La apoderada de COLPENSIONES señaló que pese al engaño alegado por el demandante, su traslado se realizó de manera voluntaria y autónoma, siendo válido el acto jurídico en el que no intervino esa entidad y agrega que es un deber de los afiliados conocer los riesgos de los traslados y estar debidamente informados según el artículo 1495 del Código Civil y el artículo 4 del Decreto 2241 de 2010, sin que el actor demostrara ejercer este deber. Sobre la carga de la prueba señala que la inversión no exime al solicitante de demostrar situaciones como por qué permaneció 10 años en el régimen aceptando en silencio los efectos del traslado, evidenciando una falta de diligencia del actor para solicitar oportunamente su traslado y buscando liberarse de su carga probatoria. Agrega que existe falta de legitimación en la causa por pasiva en su contra al no ser la llamada a responder por las pretensiones, pues no debía brindar asesoría o engaño al solicitante para ejecutar su traslado. Concluye que los traslados por vía judicial afectan la estabilidad del sistema pensional y contravienen el límite legal para efectuarlos.

El apoderado de PORVENIR S.A. solicita revocar la sentencia de primera instancia, ratificándose en los hechos y fundamentos de derecho expuestos inicialmente; indica que las pruebas no desacreditan que se brindó una asesoría adecuada a los requerimientos legales de la época del traslado; que conforme a la providencia

SL19447 de 2017 la nulidad de traslado exige que se configure una lesión a los derechos pensionales y esto tampoco se demostró. Que la entidad informa debidamente a sus afiliados sobre las características del RAIS, incluyendo el envío de informes trimestrales y de campañas de comunicación como en 2004. En todo caso, señala que sobre las restituciones mutuas no comparte que se ordene a su totalidad, pues legalmente le corresponde mantener lo invertido para que se generaran frutos como es el concepto de gastos de administración y los descuentos legales que se destinan a financiarlos, siendo esta una orden que no tiene en cuenta las diferencias entre ambos regímenes y desconoce el trabajo de la entidad para generar rentabilidad, circunstancia que ha sido reconocida por la Superintendencia Financiera en concepto de 2019 derivado de una adecuada interpretación legal, por lo que si se mantiene esta orden se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa en detrimento de su actividad como administradora.

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. solicitó que se revocara la sentencia dictada en su contra por cuanto la entidad cumplió con todos los presupuestos legales previamente consagrados para el funcionamiento del RAIS, y que desde la expedición de la Ley 100 de 1993 es claro el efecto del traslado y los requisitos para acceder a pensión en este régimen y que se financia con los aportes del afiliado exclusivamente, por lo que no puede alegarse desconocimiento alguno. Que cuando se realizó el traslado demandado no existían requisitos como los exigidos en la jurisprudencia y que está vencido el término para demandar antes de la prescripción según la remisión necesaria al código civil. Que en todo caso no debe proceder obligación alguna para devolver la comisión de administrador, pues estas ya se causaron y se ejecutaron de buena fe por la administración financiera de los aportes del afiliado, no siendo dable omitir las restituciones mutuas que proceden en este caso de los frutos, intereses y mejoras, que de no garantizarse constituiría enriquecimiento sin causa en su perjuicio, así como en el caso del seguro previsional.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad e ineficacia del traslado del señor LUIS ALFRREDO GALVIS JIMENEZ del RPM al RAIS administrador inicialmente por PROTECCION S.A. y posteriormente por PORVENIR S.A.? Así mismo, si esto implica la devolución de los gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES y a qué entidad le corresponde.

7. CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del señor LUIS ALFRREDO GALVIS JIMENEZ, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de las demandadas Administradoras de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el juez de instancia concluyó, que era procedente declarar la ineficacia porque no se demostró por las demandadas que al momento de efectuar los traslados se suministrara al actor una información completa, cierta, comprensible y oportuna sobre las consecuencias de su decisión, conforme exige tanto la Ley 100 de 1993 en sus decretos reglamentarios como el Estatuto del Sistema Financiero desde la

creación de los dos regímenes, no siendo la firma del formulario prueba suficiente para convalidar el consentimiento debidamente informado que se requiere y ante lo cual, dispuso reintegrar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando a las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR, reintegrar todos los valores adicionales descontados para garantizar la integralidad de los aportes a trasladar del actor.

Conclusión a la que se oponen las demandadas en sus respectivos recursos, argumentando PORVENIR que el consentimiento del actor está evidenciado en sus firmas de los formularios, que el traslado inicial corresponde a PROTECCIÓN y debería asumir los gastos adicionales, sin perjuicio de lo cual reclama que la restitución mutua ordenada no cumple los parámetros legales; PROTECCIÓN se opone a que le condenen a restituir saldo alguno por gastos de administración y otros descuentos por tratarse de valores legalmente descontados en su momento por la actividad propia de la administradora del Régimen de Ahorro Individual y COLPENSIONES reclama que no intervino en la decisión de trasladarse, y que el actor ya está en la edad para impedir su traslado entre regímenes.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto por el cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

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

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

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

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 del 24 de marzo de 1994, exigían de

estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

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

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

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

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

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

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba,

determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de las A.F.P PROTECCIÓN y PORVENIR; pues argumenta el demandante que suscribió el formulario luego de una información engañosa, sobre la inestabilidad del fondo público y las ventajas del privado, sin conocer sobre las características esenciales de ambos fondos y sin una proyección, advirtiendo, en especial, por comunicación remitida por ésta última AFP apenas en 2019 (Fol. 27-31), la notoria diferencia entre la pensión que le hubiera correspondido de no haber efectuado el traslado.

Del expediente se puede evidenciar que el actor se encontraba afiliado al régimen de prima media administrado por CAJANAL (Fol. 17-26), donde cotizó en los periodos comprendidos entre el 03 de julio de 1981 al 31 de diciembre de 1993 y el 01 de enero de 1994 por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y posteriormente desde el 01 de enero de 1994 al 30 de junio de 1995 a través del Instituto Nacional de Vías, igualmente, se aportó formulario No. 0141485 del 02 de septiembre de 1996 por el cual el actor solicitó su vinculación y traslado a PROTECCIÓN S.A. (Fol. 41) y posteriormente mediante formulario de vinculación o traslado suscrito el 30 de abril de 2001 bajo el radicado No. 1264058, se afilió al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE del BBVA (hoy PORVENIR S.A.), apreciando en los recuadros de la parte inferior de ambos documentos la firma del demandante bajo la manifestación preinsertada al formulario de la voluntad libre y espontánea de su escogencia.

No obrando otras pruebas al plenario, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el actor, no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, más allá de los formularios de afiliación y traslado y el comunicado por medio del cual se informó acerca de la simulación pensional reseñado líneas atrás.

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

De acuerdo con lo explicado, en su momento PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., no actuaron cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenían la carga de acreditar que así lo hizo, pero sobre el momento del traslado solo

se aportaron los formatos de vinculación suscritos, advirtiendo que los aportados se corresponden con modelos pre-impresos, de los que no se infiere con certeza que si fuera estudiada la situación pensional particular del actor y ante ello se puede concluir que las demandadas no lograron acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Frente a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este argumento del apelante sobre que bastaba con el formulario ya que este había sido aprobado por la Superintendencia que los vigilaba, no está llamado a prosperar, pues este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

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

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

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

Así mismo, conviene también precisar que, si bien es cierto, en su momento, el actor se encontraba en el RPM afiliado a CAJANAL, no resulta viable determinar que con la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, sea nuevamente afiliada en dicha entidad.

Lo anterior, dado que según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”* el Congreso de Colombia creó la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del RPM y a su vez, estableció que dicha entidad, asumiría los servicios de aseguramiento de

pensiones de los afiliados al RPM, para lo cual determinó que el Gobierno en ejercicio de sus facultades constitucionales debería proceder a la liquidación de CAJANAL, CAPRECOM y el ISS en lo que a pensiones se refiere.

En esa línea, CAJANAL fue liquidada por parte del Gobierno Nacional, en virtud del Decreto 2196 de 2009 *“por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones”* el cual además, ordenó en el artículo 4, que el traslado de afiliados de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, debería adelantarse a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.

Más adelante, mediante a través del Decreto 2013 de 2012 *“Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones”* se determinó la supresión del ISS, hecho que llevó a COLPENSIONES a fungir como administrador del RPM, entre tanto, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, que fue creada por el artículo 156 de la misma Ley 1151 de 2007, le fue delegado el reconocimiento de derechos pensionales, a cargo de administradoras del RPM respecto de las cuales se hubiese decretado o se decreta su liquidación, que ya se hubiesen causados hasta la cesación de actividades como administradores, según lo detalla el Decreto 169 de 2008 *“Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social.”*

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta de la actora. Se ha concluido que las demandadas incumplieron con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió tanto en noviembre de 1994 como en el cambio de administradora posterior, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: *«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»-*

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas

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

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

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

Por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., deberán devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al RPM administrado hoy por Colpensiones.

Siguiendo este precedente, es posible establecer que no le asiste razón al apelante AFP PORVENIR al reclamar que es AFP PROTECCIÓN quien debe asumir todos los gastos de administración por ser el primer receptor del afiliado; pues, como señala la Corte, la declaratoria de ineficacia debe ser asumida por todas las entidades del régimen de ahorro individual en que estuvo vinculada la actora pues deben garantizar la integralidad del capital a reingresar en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos períodos de afiliación.

Por lo tanto, en lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente sobre el monto a devolver, el cual, consideró el A quo, debía ser indemne, incluido la totalidad de gastos administrativos y frutos rendidos adicionales al capital percibido, avizora la Sala que fue acertada esa condena, a pesar del argumento del recurso, por medio del cual se pretende enrostrar como un error, lo concluido.

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

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

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

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

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, a las AFP demandadas, les asiste la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación, fue ineficaz, por lo cual, indistinto de lo afirmado por el apoderado de PORVENIR S.A. referente a la falta de pretensión en ese sentido en la demanda, es claro para esta Sala de Decisión, a partir de lo expuesto, que la A quo, no podía adoptar una decisión diferente en este sentido, dado que, la ineficacia del traslado, genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida, por lo tanto, carece de asidero el argumento deprecado.

Por último, en lo que respecta a las costas procesales según lo planteado por COLPENSIONES en su recurso, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cuál es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto fue vencida, a su cargo deberán imponerse las costas; así mismo, en lo referente al monto es necesario agregar que no es esta la oportunidad procesal para pronunciarse al respecto, dado que el numeral 5° del artículo 366 señala que *“la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*.

En consecuencia, se deberá confirmar íntegramente la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 07 de septiembre de 2020, y condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES al no haber prosperado sus recursos de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de fecha 07 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

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

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de enero de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se surte el grado de jurisdicción de consulta de la sentencia del 25 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-004-2017-00305-00, promovido por Carlos Fernando Saieh Saieh contra Corporación IPS Saludcoop-en liquidación-, Saludcoop EPS-en liquidación- y Superintendencia Nacional de Salud- Supersalud-.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: Depreca el actor se declare que entre él y la Corporación IPS Saludcoop- en Liquidación-, existió un contrato de trabajo desde el 1 de noviembre de 2003 hasta el 3 de julio de 2015 para desempeñar la labor de médico ginecológico. En consecuencia solicita se condene a la pasiva al pago de cesantías, intereses a las cesantías y primas causadas en el transcurso de la relación laboral, las sanciones contempladas en los artículos 65 del C.S.T. y 99

de la Ley 50 de 1990, la indexación de las condenas y los intereses moratorios sobre las obligaciones laborales a partir del mes 24 luego de la terminación del contrato de trabajo. También persigue se le reembolsen los valores que canceló por concepto de cotizaciones al sistema integral de seguridad social.

Adujo para ello: **1) Que** fue vinculado el 1 de noviembre de 2003 a la IPS Saludcoop para desempeñarse como médico ginecológico; relación que se terminó unilateralmente el 3 de julio de 2015 por parte de su empleador **2) Que** cada año le concedían vacaciones y a su regreso le hacían suscribir un nuevo contrato **3) Que** durante toda la relación laboral cumplió turnos y horarios de trabajo en la clínica de la demandada para atender a los afiliados a esa IPS **4) Que** el promedio salarial devengado ascendía aproximadamente a \$7'000.000 **5) Que** durante la relación laboral no le cancelaron sus acreencias laborales ni se pagó la liquidación final de prestaciones.

TRÁMITE PROCESAL:

Luego de admitido el memorial genitor (Fl. 280), se conoció que la IPS demandada se declaró extinta mediante Resolución N° 002667 del 31 de enero de 2017 (Fls. 283 y 285), razón por la que se le desvinculó y se solicitó por la activa se llamara al trámite como litisconsorte necesario por pasiva a la Superintendencia Nacional de Salud para que respondiera solidariamente por las acreencias laborales, al permitir la liquidación de la IPS Saludcoop.

En audiencia obligatoria de conciliación desarrollada el 11 de junio de 2019, se dispuso la vinculación de la EPS Saludcoop en liquidación por ser matriz del grupo empresarial al que pertenecía como subordinada la liquidada IPS Saludcoop.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA. La Superintendencia Nacional de Salud se opuso a las peticiones. Manifestó no constarle ninguno de los hechos. Señaló que no existe relación de subordinación, causalidad o de cualquier otro tipo con el demandante. Indicó en cuanto al proceso liquidatorio de la Corporación IPS Saludcoop, que tanto el agente especial interventor como el liquidador son personas que no dependen de ella por lo que mal podría endilgársele responsabilidad porque no existen fundamentos legales ni fácticos, más aún dice, cuando los supuestos perjuicios provienen únicamente de quienes han fungido como representantes legales de la IPS. Añadió que cuando se nombran agentes especiales para una entidad intervenida, éstos al tomar posesión no actúan en nombre ni en representación suya sino de esa propia entidad, en este caso como representantes legales de Saludcoop IPS, bajo su exclusiva y autónoma responsabilidad.

Saludcoop EPS organismo cooperativo en liquidación, se opuso a las súplicas (fls. 396-399). Sostuvo no constarle ninguno de los hechos y propuso como medios exceptivos los de falta de legitimación por pasiva y prescripción de la acción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, el 26 de agosto de 2020 declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa y absolvió a las demandadas Superintendencia Nacional de Salud y Corporación Cooperativa Eps Saludcoop en Liquidación. Condenó en costas a la activa. Indicó que debido a la extinción legal de la IPS Saludcoop, quien fue llamada como presunta empleadora del actor y, que, ante la ausencia de sucesor procesal alguno en tanto esa calidad no la ostenta la Superintendencia Nacional de Salud al ser una entidad encargada de la vigilancia y control de las entidades que componen el sistema integral de seguridad social,

ni la EPS Saludcoop en liquidación comoquiera que tal no fungió como empleadora y es una entidad diferente a la IPS liquidada, dado que las matrices y las entidades controladas conservan su individualidad, no hay lugar a emitir condena en su contra. Añadió que esta última tampoco fue vinculada como solidaria para los fines del artículo 34 del CST.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. El demandante, aduce que el proceder que se ha venido utilizando por el Grupo Saludcoop al configurar varias entidades, mismas que se han venido liquidando, no tiene ni ha tenido otro propósito distinto al de burlar los derechos de los trabajadores que le han prestado sus servicios. Aduce que en un análisis ponderado, el Grupo Saludcoop es el único responsable de las obligaciones que fueron adquiridas a través de las entidades creadas por ellos mismos.

3o. CONSIDERACIONES

Como lo refirió el a-quo, lo que se comprueba con los documentos visibles a folios 35 a 259, es que Carlos Fernando Saieh Saieh prestó sus servicios como médico especialista en ginecología y obstetricia a favor de la Corporación IPS SaludCoop, por manera que en consonancia con el objetivo del grado de jurisdicción de consulta, sería del caso establecer en primer lugar la existencia o no de una relación laboral regida por un contrato de trabajo entre el actor y dicha entidad, de no ser porque la IPS por medio de la resolución N° 002667 de 31 de enero de 2017 quedó legalmente liquidada, generando como consecuencia la finalización de su existencia legal, y, como quedó definido en el párrafo del artículo primero de ese acto jurídico –fl. 284-, partir de ese momento no existe subrogación legal, sustitución o sucesión procesal, mandato con representación,

patrimonio autónomo o cualquier otra figura jurídico procesal que surta los mismos efectos en los procesos en los que se encontraba demandada.

Así, como la liquidación se dio con antelación a la presentación del libelo seminal y se dispuso la desvinculación de la IPS, llamándose a juicio a la Superintendencia Nacional de Salud y a la EPS Saludcoop en liquidación, el orden de los problemas jurídicos a resolver será: 1) si la Superintendencia Nacional de Salud y/o la EPS Saludcoop en liquidación son garantes o no de las obligaciones laborales contraídas por la IPS Liquidada. La primera por permitir la liquidación de esa entidad, y la segunda por ser la sociedad matriz a la cual se encontraba según se dice, subordinada aquélla. En caso de que alguna de las hipótesis sea positiva, 2) si se encuentran acreditados o no los elementos del contrato de trabajo que alega el actor, conforme los dispone el artículo 23 del C.S.T. y consecuentemente 3) si hay lugar o no a ordenar a alguna de las llamadas a juicio, el pago de las prestaciones e indemnizaciones deprecadas.

En tal sendero y comoquiera que la vinculación al proceso de la Nación-Superintendencia Nacional de Salud fue porque a juicio del actor, la misma debe responder por las acreencias laborales de quienes fueron trabajadores de la extinta IPS, por haber permitido a través del agente liquidador y pese a elevar la respectiva reclamación, su extinción sin haber hecho las provisiones del caso para cubrir las obligaciones insolutas, resulta menester señalar que tal y como lo apuntó el a-quo, que si bien la Superintendencia Nacional de Salud tiene las funciones de inspección, vigilancia y control de las entidades que prestan servicios de salud, así como ejercer vigilancia respecto de los liquidadores designados en los procesos de liquidación obligatoria, lo cierto es que ello no es suficiente para concluir que por las actuaciones de estos últimos, deba responder patrimonialmente como si se tratara de una responsabilidad objetiva y menos por las obligaciones insolutas de la empresa liquidada.

En efecto, véase que los liquidadores no actúan como delegatarios de la Superintendencia Nacional de Salud a la luz de lo dispuesto en el artículo 1.º del Decreto 1015 de 2002, el numeral 6.º del artículo 291 del EOSF, el artículo 9.1.1.2.4. del Decreto 2555 de 2010 y demás normas *«que rigen la toma de posesión con fines liquidatorios y la naturaleza del cargo y las funciones del liquidador»*, razón adicional por la que las actuaciones de aquellos no pueden comprometer la responsabilidad del ente vigilante, tanto como para que deba garantizar subsidiaria o solidariamente las acreencias que aquí se persiguen.

Así, en el marco normativo que regula los procesos de intervención forzosa administrativa¹, la Superintendencia Nacional de Salud designa a los agentes especiales interventores, liquidadores y contralores, previa inscripción de estos en el registro correspondiente. Es decir, el agente especial liquidador escogido tiene la condición de auxiliar de la justicia según lo previsto en el numeral 6.º del artículo 295 del Estatuto Orgánico Financiero, el cual señala que *«el liquidador y el contralor continuarán siendo **auxiliares de la justicia** y, por tanto, para ningún efecto podrán reputarse trabajadores o empleados»* de la entidad en liquidación o de la Superintendencia Nacional de Salud; normativa que además les otorga autonomía en el desarrollo de sus funciones. De esta manera, en los artículos 291, numeral 6.º y 294 de ese estatuto se señala que *«los agentes especiales desarrollarán las actividades que les sean confiadas bajo su inmediata responsabilidad»*, tanto que *«es competencia de los liquidadores adelantar bajo su inmediata dirección y responsabilidad los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades vigiladas»*.

¹ La Superintendencia Nacional de Salud en materia de procesos de intervención forzosa administrativa dirigidos a administrar o liquidar las entidades vigiladas, adopta el procedimiento previsto en el Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) y la Ley 795 de 2003. Lo anterior por remisión expresa del numeral 8 del artículo 42 de la Ley 715 de 2001, el artículo 1 del Decreto 1015 de 2002, el artículo 1 del Decreto 3023 de 2002, el artículo 30 del Decreto 2975 de 2004 y el inciso 1º del artículo 6 del Decreto 506 de 2005.

En hilo con lo referido, el numeral 9 del artículo 295 del estatuto orgánico en cita, prevé además que el liquidador tendrá la guarda y administración de los bienes que se encuentren en poder de la intervenida, de la masa de la liquidación o excluidos de ella y, además, la función de actuar *«como representante legal de la intervenida»*. Es así como, el agente especial liquidador no puede ser considerado un delegado o representante de la Superintendencia Nacional de Salud y menos derivar por cuenta de las omisiones en las que pudo haber incurrido en el proceso liquidatorio, una supuesta responsabilidad por las acreencias laborales de la IPS Saludcoop, en la medida que, el liquidador es un particular sometido al régimen de los auxiliares de la justicia, que ejerce funciones públicas transitorias de manera autónoma y bajo su inmediata responsabilidad.

Importante es acotar que el artículo 40 del Decreto 1922 de 1994 mediante el cual se reglamentó la intervención del Ministerio de Salud en el Sistema de Seguridad Social en Salud, dispuso que *«[L]a intervención no implica en ningún caso responsabilidad patrimonial de la Nación respecto de las obligaciones civiles, comerciales o laborales de la entidad intervenida»*. De modo que, no resulta dable emitir condena alguna en su contra por la omisión en que incurrió según el demandante, el liquidador al no tener en cuenta su acreencia en el proceso respectivo, misma por la que, se repite, solicitó la vinculación de la Superintendencia como pasiva en este juicio. Máxime cuando en el ordenamiento jurídico no existe una norma que le imponga el deber de responder por las deudas insolutas de las IPS intervenidas y liquidadas. Por el contrario, el numeral 1.º del artículo 293 del Decreto 663 de 1993 indica que el proceso de liquidación forzosa administrativa tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad *«hasta la concurrencia de sus activos»*.

De otra parte, como el actor en las alegaciones vertidas tanto en primera como en segunda instancia insiste en que pese a que Saludcoop EPS no fue su empleador, debe asumir las obligaciones laborales que considera se generaron en su favor por la prestación de sus servicios a la liquidada IPS Saludcoop, en tanto hacían parte del mismo grupo empresarial, teniendo la primera la calidad de matriz y la segunda de subordinada, se procederá a evaluar si emerge responsabilidad alguna de la EPS convocada.

Para el efecto importante es evaluar el concepto de unidad de empresa, que es el aplicable en materia laboral conforme lo señalado en el artículo 194 del CST subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, el cual dispone que aquella se entiende como *“toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio”*. En este caso, para su existencia se debe acreditar el predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales o subsidiarias, así como la ejecución de actividades económicas similares, conexas o complementarias.

En lo que atañe al predominio económico que ha de acreditarse la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 6228-2016 señaló que aquél no corresponde únicamente a un control societario sino a una interrelación de carácter económico y participación accionaria de la sociedad principal o matriz sobre las filiales o subsidiarias. Al estudiar la distinción entre unidad de empresa y grupo empresarial en la citada providencia, se puntualizaron los aspectos propios de este control de capital que exige la primera de las figuras referidas, así:

“(...) no siempre que se esté en presencia de un grupo empresarial conformado por una sociedad principal o matriz y varias subordinadas, necesariamente hay unidad de empresa, ya que se hace indispensable verificar en todos los casos el factor del

predominio económico o relación de dependencia económica que exige el mandato laboral, que lo comprende tanto la participación accionaria como el control financiero y administrativo entre las sociedades, común y recíproco, que lleve a inferir que las subsidiarias se encuentren directamente sometidas a la controlante, además que todas ellas deben cumplir actividades similares, conexas o complementarias”

En esas condiciones, para dar lugar a la declaratoria de unidad de empresa se requiere, no sólo demostrar la existencia de varias empresas, sino que las actividades de todas sean similares, conexas o complementarias², y que éstas estén subordinadas a una principal que predomina económica, financiera y administrativamente sobre todas las demás, en tanto lo que se pretende con ello es desintegrar la apariencia de varios dueños, la cual se genera con la constitución de diferentes sociedades, que jurídicamente son personas distintas de los socios, ocultando la verdadera realidad económica en perjuicio de los trabajadores vinculados a tales.

En el sub-análisis de las probanzas arrojadas al plenario y en consonancia con lo señalado por el juez de instancia, se advierte que si bien los certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá, informan que mediante documento privado del 16 de noviembre de 2004, inscrito el 23 siguiente, se declaró la configuración de una situación de control sobre la IPS Saludcoop, ejercida por la sociedad Saludcoop EPS en liquidación (matriz) bajo la forma de grupo empresarial, no puede perderse de vista que sus objetos sociales eran diferentes, en tanto registran que la EPS Saludcoop, cumplía funciones de aseguradora del régimen en salud y la IPS extinta tenía como objeto principal, prestar directamente o por intermedio de personas contratadas todos los

² Cfr. Sentencia C-1185 del 13 de septiembre de 2000 de la Corte Constitucional con ponencia de los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz.

servicios de salud en las distintas ramas de la medicina y en las especialidades médicas de su capacidad técnica y científica.

Del mismo modo, ningún elemento de convicción respalda lo señalado en las alegaciones que vertió el actor en cuanto a que la EPS Saludcoop era la que incidía o determinaba las actuaciones de su subordinada, como por ejemplo ejerciendo el control de capital, financiero o administrativo que exige el artículo 194 del CST, pues, detállese que ni siquiera se reformó la demanda en ese sentido ni se buscó acreditar tal supuesto. Recuérdese que conforme lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, la existencia de un grupo empresarial no configura inmediatamente la unidad de empresa, en tanto se requiere la acreditación de dependencia o predominio económico, lo cual, se repite, no informa el acopio probatorio arrimado, ya que, éste sólo estuvo encaminado a acreditar la existencia de una efectiva prestación de servicios a favor de la IPS Saludcoop.

Corolario es que al no poderse establecer con las pruebas recaudadas, la existencia de la unidad de empresa, pues tales no informan el predominio económico (participación accionaria y control económico y administrativo) requerido, habrá de confirmarse la decisión del a-quo en cuanto a que no resulta dable endilgarle a la EPS Saludcoop en liquidación responsabilidad alguna respecto de las acreencias laborales que se persiguen, lo que conlleva a confirmar la decisión del a-quo, en tanto su vinculación al juicio lo fue por el hecho de haber fungido como empresa matriz a la cual se encontraba subordinada la IPS Saludcoop y a quien el actor, le prestó sus servicios como médico ginecológico.

En síntesis, al no emerger responsabilidad respecto de las acreencias laborales que persigue el actor de la Nación-Superintendencia Nacional de Salud por cuenta del proceso de liquidación obligatoria de la IPS Saludcoop en el cual

intervino, como tampoco de la EPS Saludcoop en liquidación en su calidad de matriz de la IPS liquidada en cita, se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas por surtirse el grado jurisdiccional 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 26 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta. **SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE.

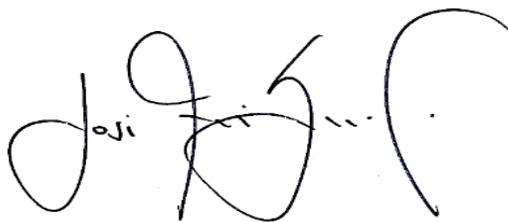
Los Magistrados,



ELVER NARANJO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8
a.m. Cúcuta, 29 de enero de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la activa frente a la decisión que negó el decreto y práctica de una prueba, así como contra la sentencia del 16 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-004-2017-00434-00, promovido por **Ángel Ignacio Pinzón Ibáñez** contra **JCG Ingeniería S.A.S. y Gases Del Oriente S.A. E.S.P.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fl. 13 a 21). Depreca el actor se declare que entre él y JCG Ingeniería S.A.S., existió un contrato de trabajo desde el 30 de enero al 30 de agosto de 2014. Asimismo, que entre JCG Ingeniería S.A.S. y la empresa de servicios públicos domiciliarios Gases del Oriente S.A. E.S.P. existió un contrato para que la primera ejecutara labores no extrañas a las actividades normales de la segunda. En consecuencia, pide se condene a JCG Ingeniería

S.A. y solidariamente a Gases del Oriente S.A. E.S.P. a pagarle prestaciones sociales, auxilio de transporte y vacaciones causados en el transcurso de la relación laboral, la sanción moratoria del artículo 65 del CST, lo que se demuestre extra y ultra petita y las costas procesales.

Adujo para ello: **1) Que** la empresa de servicios públicos domiciliarios Gases del Oriente S.A. E.S.P. contrató a la sociedad JCG Ingeniería S.A.S. para la construcción de conexiones de redes de gas. **2) Que** JCG Ingeniería S.A.S. ha empleado a diferentes trabajadores para la ejecución del objeto contratado. **3) Que** fue contratado por JCG Ingeniería S.A.S el 30 de enero de 2014 para desempeñar las funciones de oficios varios. **4) Que** devengaba un salario mínimo legal vigente, el cual era cancelado de manera quincenal. **5) Que** el 30 de agosto de 2014 su empleador le informó la finalización del contrato de obra. **6) Que** JCG Ingeniería S.A.S no le canceló las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y auxilio de transporte causados durante la relación laboral. **7) Que** citó en 2 ocasiones al empleador al Ministerio de Trabajo, sin que se presentara.

Por auto del 14 de marzo de 2019 (fl. 181) se acepta llamar en garantía a Aseguradora Solidaria de Colombia, conforme a lo solicitado por la curadora ad-litem de la demandada JCG Ingeniería S.A.S. (fl. 174 a 178).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA. Gases del Oriente S.A. E.S.P se opuso a las pretensiones (fl. 100-110). Argumentó que no ha tenido relación con el demandante de ninguna naturaleza, ya sea laboral, civil o comercial. Precisó de igual forma que no tiene ningún tipo de injerencia o conocimiento de las contrataciones y actuaciones administrativas de JCG Ingeniería S.A.S, y por tal razón desconoce los hechos de la relación laboral alegada. Afirmó que de lo narrado por el accionante, se desprende que no tenía ninguna función

atinente al objeto de la obra que contrató con JCG Ingeniería S.A.S., para construir una ampliación de la red para la distribución de gas, en la medida en que como lo indicó desempeñaba labores de oficios varios. Añadió que esa labor que presuntamente desarrolló, tampoco tiene relación con su objeto social, ni con el giro ordinario de sus negocios. Propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de solidaridad entre Gases del Oriente S.A ESP y JCG Ingeniería S.A.S., respecto de los derechos laborales del demandante y prescripción.

JCG Ingeniería S.A.S. dio contestación a través de curador ad litem. (Fls. 150-153) Señaló que no se oponía a las peticiones en tanto dijo atenerse a lo que resulte probado en el juicio. Solicitó llamar en garantía a la Aseguradora Solidaria de Colombia.

La Aseguradora Solidaria de Colombia S.A. (fl. 192 a 198) se opuso a las súplicas. Argumentó que Gases del Oriente S.A. E.S.P. jamás tuvo la condición de empleador del demandante, y en esa medida, dadas las condiciones de la póliza suscrita con esta empresa, no es dable que responda por el incumplimiento del verdadero empleador. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia del derecho reclamado, carencia de responsabilidad, falta de legitimación por pasiva, limitación de la responsabilidad, buena fe, inexistencia de la obligación, coadyuvancia de las excepciones presentadas por los demandados y la innominada.

AUTO APELADO: En la audiencia de trámite y juzgamiento de que trata el artículo 80 del CPTSS, celebrada el 16 de septiembre de los corrientes, la activa solicitó al a-quo se pronunciara sobre la prueba que solicitó en la demanda correspondiente a su declaración de parte, por no haber sido objeto de decisión en la etapa de decreto de pruebas. En ese orden el Juzgado Cuarto Laboral del

Circuito de Cúcuta dispuso negar el decreto y práctica de la prueba que solicitó el extremo actor por considerarla improcedente, en la medida en que lo que busca el interrogatorio es la confesión y ello no podría conseguirse si la prueba la solicita el mismo extremo procesal para sí.

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL AUTO QUE CLAUSURÓ

EL DEBATE PROBATORIO: El demandante fundó su inconformidad bajo el argumento de que es necesario que sea escuchado para narrar las situaciones de tiempo, modo y lugar que rodearon la relación laboral, conforme lo autoriza el artículo 198 del CGP tal y como lo ha señalado la doctrina.

TRÁMITE PROCESAL: Como el recurso interpuesto contra el auto que negó la práctica de una prueba fue concedido por el operador judicial en el efecto devolutivo, no suspendió el proceso y ello le permitió emitir un pronunciamiento de fondo en los siguientes términos:

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, el 16 de septiembre de 2020 declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y JCG Ingeniería S.A.S. Sin embargo, negó las condenas por no encontrar acreditados los extremos temporales de la relación laboral. Indicó también, que tampoco habría lugar a declarar solidaridad alguna en los términos de lo señalado en el artículo 34 del CST, comoquiera que los objetos sociales de las demandadas son diferentes.

RECURSO DE APELACIÓN. El accionante aspira a que se modifique la sentencia de primera instancia. Señala que los extremos temporales se expusieron de buena fe en la demanda, mismos que se pueden esclarecer con el interrogatorio a la propia parte que no fue decretado y practicado por el a quo. En cuanto a la solidaridad de Gases del Oriente S.A. E.S.P, argumenta

que sus labores de oficios varios para el retiro de escombros, entre ellos concreto y asfalto, encintado, demarcación y/o señalización hacen parte de las actividades conexas a las funciones que desarrollan los trabajadores excavadores, estos últimos que adelantan actividades necesarias para que la demandada Gases del Oriente S.A. E.S.P, cumpla su objeto social de comercialización y distribución del servicio público de gas domiciliario, además de estar vinculadas al giro ordinario de sus negocios, ya que, en esencia constituye una actividad inherente a la beneficiaria o dueña de la obra.

La curadora ad-litem de la demandada JCG Ingeniería S.A.S., eleva apelación parcial con la finalidad de que se revoque el numeral primero de la sentencia en cuanto que declaró la existencia de una relación laboral entre el demandante y su representada. Señaló que contrario a lo que señaló el a-quo, las probanzas arrojadas no dan cuenta de la relación contractual que se alega en la demanda. Refirió que se tomó la decisión sólo con dos documentos que son insuficientes para ese propósito; uno que obra a folio 3 y que corresponde a una remisión para realizar un examen de egreso en donde pese a que se menciona al demandante, no se hace a título de trabajador, y el segundo, un oficio de fecha 5 de noviembre de 2014, el cual se trata de una comunicación que existió entre JCG Ingeniería S.A.S y Gases del Oriente S.A. ESP, en el que no se menciona al deprecante y mucho menos como trabajador.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Gases del Oriente S.A. ESP señala que se acoge a lo dispuesto y resuelto por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en cuanto a que la excluyó de solidaridad respecto del contratista independiente JCG Ingeniería S.A.S., por cuanto el objeto por el que se contrató a esta última es diferente a su objeto social principal. Añade que tal y como lo expuso el a-quo, el demandante no probó los extremos

temporales de la relación que sostuvo con JCG Ingeniería S.A.S., lo que imposibilita aún más reconocimiento alguno de lo pretendido.

El demandante, JCG Ingeniería S.A.S., y la llamada en garantía guardaron silencio.

3o. CONSIDERACIONES

Se resolverá en primer lugar si es posible o no a la luz de lo previsto en el CGP, que la activa solicite como prueba que se recepcione su propia declaración.

Definido lo anterior, se analizará si se encuentra acreditada o no la existencia de una relación laboral entre Ángel Ignacio Pinzón y JCG Ingeniería S.A.S., así como sus extremos temporales. De salir avante lo anterior dilucidar si hay lugar o no al pago de las prestaciones e indemnizaciones deprecadas. Asimismo, de encontrarse responsable a la demandada principal del pago de algún emolumento a favor del actor, se evaluará si de tales es solidariamente responsable o no Gases del Oriente S.A. ESP, en voces de lo dispuesto en el artículo 34 del CST.

Auto apelado.

El actor se duele de la negativa del a-quo en decretar su propia declaración de parte como medio probatorio toda vez que, aduce, con éste se pueden poner en contexto las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la relación laboral.

Para la resolución del asunto importa advertir que en efecto el artículo 165 del CGP., establece como medios de prueba independientes la confesión y la

declaración de parte. A su turno, el artículo 191 ibídem señala los requisitos de la confesión, apuntando en el numeral 3° que la misma debe versar sobre los hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, precisando además, en el numeral 6° que “*La simple declaración de parte será valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas*”. Ahora, el artículo 198 de la misma normativa refiere que el juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes con la finalidad de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso.

De lo antes dicho, si bien puede extraerse que es posible solicitar el interrogatorio de la propia parte, pues el CGP no contempla prohibición alguna, lo cierto es que ningún efecto útil para su beneficio tendría, en tanto su propósito lo es el ratificar o aclarar los hechos de la demanda o su reforma; por el contrario con su propia declaración podría correrse el riesgo de que se produzca una confesión sobre hechos que le sean desfavorables. En este punto, importante es señalar que si de aclarar o ratificar los supuestos fácticos de la demanda, para ello el estatuto procesal general, previó que el juez de oficio puede realizar el interrogatorio, en donde incluso tiene la potestad de ordenar un careo entre las partes; facultad ésta de la que valga señalar, hizo uso el a quo en el de marras, en tanto véase que el actor fue interrogado por Gases del Oriente S.A. ESP y seguidamente el operador judicial le efectuó algunas preguntas con el ánimo de dilucidar los hechos expuestos en el libelo introductor.

Ahora, si bien, en el interrogatorio de la propia parte se pueden introducir hechos nuevos, no puede perderse de vista que esas afirmaciones deben encontrar un sustento probatorio, pues principio de derecho es que a nadie le

es posible producirse su propia prueba, lo que ratifica la poca o nula utilidad de la propia declaración.

Al respecto, el tratadista Fredy Hernando Toscano López, en la obra *“El proceso civil a partir del Código General del Proceso”* de Horacio Cruz Tejada, señaló:

“(…) aun cuando no estaría prohibido citar a la propia parte a interrogatorio- es poco útil hacerlo, pues por un lado, el juez siempre estará obligado a realizar un interrogatorio exhaustivo a las partes, y por el otro, las respuestas al cuestionario formulado por el propio apoderado judicial no tendría más valor que la alegación de hechos efectuados en la demanda y en la contestación”

Ahora, importante es acotar que, si la parte actora no tuvo la precaución de narrar con detalle las situaciones de tiempo, modo y lugar que rodearon la relación contractual que pretende sea declarada al momento de elaborar su demanda o durante el término de reforma de la misma, no puede ahora buscar la oportunidad para ello, pues no resulta posible diferir tal acto a las etapas posteriores. Corolario es que la censura no tiene vocación de prosperidad, por lo cual se confirmará el auto recurrido.

Sentencia apelada.

Se descende ahora sobre los problemas jurídicos planteados a fin de resolver las apelaciones elevadas frente a la sentencia proferida por el a-quo, debiendo señalarse que como la activa pretende la declaratoria de existencia de un contrato laboral con JCG Ingeniería S.A.S., para demostrarlo ha de determinarse si se dan los elementos de su esencia que corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio

prestado. Cabe señalar que quien alega la existencia de un contrato de trabajo, le basta probar la prestación personal del servicio para que inmediatamente opere en su favor, la presunción que establece el artículo 24 del estatuto sustancial laboral, subrogado por el Art. 2 de la Ley 50 de 1990 y según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de dicha naturaleza.

Al respecto, la jurisprudencia y la doctrina han aceptado que si concurren los elementos de actividad personal y remuneración, el elemento de la subordinación se debe presumir salvo prueba en contrario. Por ello, si la parte actora demuestra que hubo una prestación personal de servicios remunerada, debe la pasiva para exonerarse de responsabilidad, acreditar que la labor no era subordinada. Valga decir, que no se impartieron órdenes, instrucciones, directrices o reglamentos relacionados con la forma como el trabajador debía desarrollar sus labores y cumplir las obligaciones adquiridas, lo que involucra una potestad de dirección para delimitar la conducta laboral y facultades disciplinarias para velar porque el comportamiento del trabajador sea adecuado e imponer una disciplina congruente con estos fines.

En hilo de lo anterior, del acervo probatorio se extrae, tal y como lo concluyó el a-quo, que el actor efectivamente prestó sus servicios a favor de la encartada JCG Ingeniería S.A.S., en tanto ello se desprende de comunicación emitida por esa sociedad y dirigida a la IPS ASSIT S.A.S., en la que dispone remitir al actor y de quien señala ostenta el cargo de “oficios varios”, para que le sea realizado un examen de egreso; documento que resulta concluyente en tal sentido si en cuenta se tiene que no es usual que este tipo de comunicaciones sean emitidas si no media una relación contractual que lo soporte, más aun cuando, si bien los exámenes de ingreso y egreso dejaron de ser una obligación en cabeza del empleador, ello al entrar en vigencia la Ley 789 de 2002, lo cierto es que a hoy, tal proceder se constituye como una medida de salud ocupacional cuyo objetivo

no es otro que establecer el estado de salud de los trabajadores, pues resulta indispensable en el desarrollo de la gestión para la identificación y control de los riesgos ocupacionales, cuales están a cargo y por cuenta del empleador de conformidad con el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015 con independencia que aquellos se aseguren a través de las administradoras de riesgos laborales.

En esas condiciones, al acreditarse la prestación personal del servicio por parte del demandante se traslada la carga de la prueba a la parte accionada quien ha de demostrar que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente con miras a derribar la antedicha presunción. Ahora, como no hubo actividad probatoria desplegada por el extremo pasivo, en tanto se notificó y compareció al proceso por conducto de curadora ad litem, quien en su escrito de contestación se abstuvo de solicitar medio de prueba alguno, ha de entenderse que la vinculación que unió a las partes se presentó a través de un contrato de trabajo.

Sin embargo y aunque hubo acreditación de la prestación personal del servicio de Ángel Pinzón a favor de JCG Ingeniería S.A.S., lo cierto es que conforme lo determinó el juez de instancia, ninguna probanza demuestra en qué periodos o interregnos exactamente se produjo la misma. Límites que resultan de gran relevancia a efecto de concretar, determinar y especificar los derechos laborales a que hubiere lugar. Siendo en este punto importante recordar que, aunque se acredite la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo, en los términos del artículo 24 ibídem, ello no exime al demandante de cumplir con otras cargas probatorias, como lo son, verbigracia, los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, entre otros tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia entre otras, en sentencia con Rad. 36549 del 05 de agosto

de 2009, ratificada en proveído 54.832 del 18 de abril de 2018 y 45.051 del 16 de noviembre de 2016.

Así las cosas, al haberse desconocido y negado por las demandadas, los hechos que constituyen el fundamento de la demanda, respecto de la existencia de la relación laboral, a ninguna conclusión diferente a la que arribó la primera instancia, puede llegarse en tanto fluye claro que el demandante omitió, siendo su deber legal y procesal en los términos del artículo 167 del CGP, acreditar no solo la prestación personal del servicio sino sus extremos, 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 contrato de trabajo y especialmente de los extremos de aquélla, pues, no basta con la manifestación que sobre ellos hizo en el libelo introductor o en el interrogatorio de parte que absolvió por cuenta de Gases del Oriente S.A. ESP, estos son desde el 30 de enero al 30 de agosto de 2014, pues debió por lo menos arrimar algún medio de prueba que soportare sus afirmaciones. En este punto, valga precisar que aun cuando entre las probanzas decretadas en favor de Pinzón Ibáñez se incluyó el testimonio de Juan de Dios Botello Torres, el mismo no fue recepcionado en diligencia celebrada el 04 de marzo de 2020, por negligencia del extremo activo de la relación procesal, en tanto no procuró su comparecencia.

Por fuerza de lo dicho y sin lugar a mayores elucubraciones, se confirmará la decisión de primer grado, en tanto pese a establecerse la existencia de contrato de trabajo entre Ángel Pinzón Ibáñez y JCG Ingeniería S.A.S., por no haber sido desvirtuada la presunción de que trata el artículo 24 del CST., se abstuvo de conceder las súplicas por no acreditarse los extremos temporales de aquella relación contractual.

Ahora, no obstante que fue objeto de apelación la solidaridad que se persigue de Gases del Oriente S.A. ESP, irrelevante resulta el análisis de tal, dada la absolución de las peticiones dirigidas en contra de JCG Ingeniería S.A.

Conforme al artículo 365 del C.G.P aplicado por remisión normativa prevista en el 145 del CPTSS, se condenará en costas a la activa. Se fijarán como agencias en derecho \$100.000. Monto conforme al Acuerdo N°. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4°. 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 decisión tomada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en auto del 16 de septiembre de 2020 por medio del cual negó la práctica de una prueba. Al igual que la sentencia de idéntica data, que decidió desfavorablemente las pretensiones condenatorias de la demanda.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la activa. Inclúyase como agencias en derecho \$100.000. Líquidense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

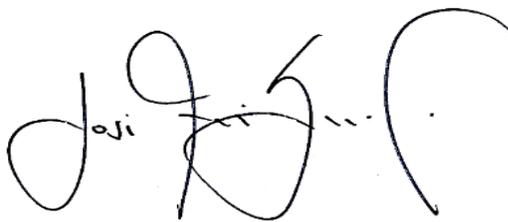
Los Magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belen Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 29 de enero de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2018-00299-00
RADICADO INTERNO:	18.725
DEMANDANTE:	DAVID DELGADO TRIANA
DEMANDADO:	LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por DAVID DELGADO TRIANA contra LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2018-00299-00, y Radicación interna N° 18.725 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 31 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor DAVID DELGADO TRIANA, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. para que se declare que condene a esa empresa a cancelar la suma de \$113.872.500 por concepto de incapacidades médicas expedidas por los galenos tratantes, con los intereses de mora correspondientes e indexación.

Como fundamento fáctico refiere que el señor TRIANA laboró para la industria petrolera como perforador de pozos petroleros entre 1977 y el 21 de enero de 2009, siendo su último empleador la empresa SAXON SERVICES DE PANAMÁ S.A. SUCURSAL COLOMBIA en Bogotá, donde entre sus funciones estaba manipular el taladro perforador de los pozos petroleros permanentemente y ello trajo como consecuencia las enfermedades profesionales de síndrome de túnel carpiano, cervicalgia y otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral, calificadas por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con PCL del 35.03% en dictamen No. 12107403-12029 del 27 de julio de 2016.

Que como consecuencia de estas enfermedades se le expidieron incapacidades por el médico tratante de la A.R.L. LIBERTY, quien considera

que las patologías no han sido rehabilitadas y mantienen su estado de incapacidad permanente, estas se expidieron por los siguientes períodos:

- Del 5 de enero al 3 de febrero de 2016 – 30 días
- Del 4 de febrero al 4 de marzo de 2016 – 30 días
- Del 5 de marzo al 3 de abril de 2016 – 30 días
- Del 4 de abril al 3 de mayo de 2016 – 30 días
- Del 4 de mayo al 2 de junio de 2016 – 30 días
- Del 3 de junio al 2 de julio de 2016 – 30 días
- Del 3 de julio al 2 de agosto de 2016 – 30 días
- Del 2 de agosto al 31 de agosto de 2016 – 30 días
- Del 1 al 30 de septiembre de 2016 – 30 días
- Del 1 al 30 de octubre de 2016 – 30 días
- Del 31 de octubre al 29 de noviembre de 2016 – 30 días
- Del 30 de noviembre al 29 de diciembre de 2016 – 30 días
- Del 30 de diciembre de 2016 al 28 de enero de 2017 – 30 días
- Del 29 de enero al 27 de febrero de 2017 – 30 días
- Del 28 de febrero al 39 de marzo de 2017 – 30 días

Agregó que la ARL LIBERTY se ha negado a cancelar estas incapacidades, adeudando un total de \$113.872.500.

La demandada A.R.L. LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A., contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones, señalando que el dictamen del 27 de julio de 2016 de la Junta Nacional determinó que las enfermedades hipoacusia neurosensorial bilateral, polineuropatía no especificada y trastorno mixto de ansiedad y depresión eran de origen común, mientras las de origen laboral fueron tratadas e indemnizadas; que las incapacidades fueron posteriores a la fecha de calificación y las expedidas en el curso del deber correspondiente, fueron pagadas oportunamente junto a la indemnización por incapacidad permanente parcial.

Se proponen como excepciones COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA Y PASIVA, PRESCRIPCIÓN, PAGO TOTAL, CARENCIA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DE NORMAS, BUENA FE y la genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 31 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas.

SEGUNDO: Condenar a la pasiva y a favor del actor al pago de las incapacidades: del 5 de enero al 3, de febrero del 2016, del 4 de Febrero al 4 de marzo del 2016 del 5, de marzo al 3, de abril del 16, folio 17, del 4 de abril al 3, de mayo del 16, incapacidad del 4, de mayo del 2, de junio al 16 incapacidad 3 de junio al 2, de Julio 16, incapacidad del 3, de Julio al 2, de agosto del 16, del 2, de agosto del 31, agosto

del primero de septiembre al 30 de septiembre del 16, del primero al 30, de octubre del 2016, del 31, octubre 29, noviembre del 16, del 30, de noviembre 29 diciembre el 16, del 30, de diciembre del 16, al 28, enero el 17 y del 28, de febrero al 29, de marzo del 17 bajo mesada mensual valor mesada 7.591.500, conforme lo considerado, total de incapacidades 446, días por el diario dividimos entre 30 el valor de la mesada nos da un diario de 253.058, que multiplicado por los 446, días arrojan un valor total de 112.860.300, sin indexar.

TERCERO: *Negar los intereses legales moratorios, conforme a lo dicho se ordena la indexación de cada incapacidad hasta la fecha de pago efectivo y desde la causación de la misma, para indexar se aplica la fórmula $VA=IPC \text{ ACUMULADO DANE FINAL} / IPC \text{ ACUMULADO DANE INICIAL}$.*

CUARTO: *Condenar en costas a la pasiva.”*

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el litigio versa sobre las incapacidades expedidas desde enero de 2016 hasta marzo de 2017 y que no fueron pagadas por la demandada A.R.L. LIBERTY, y si es del caso la condena accesoria de intereses e indexación, a lo que se opone la aseguradora argumentando que su obligación cesó cuando se pagó la indemnización permanente parcial por valor de \$88.302.022 el 4 de mayo de 2012.

- Señaló, que se demostró por parte del demandante la expedición de las incapacidades reclamadas proferidas por el respectivo médico tratante en los períodos de causación enunciados, por lo que la discusión se centra en si son exigibles a la demandada por haberse expedido luego de la calificación y el pago de la indemnización por pérdida de capacidad permanente parcial.

- Revisó las normativas que regulan las prestaciones del sistema de riesgos laborales (Decreto 2644 de 1994, decreto 1771 de 1994, Decreto 917 de 1999, Ley 776 de 2002 y Ley 1562 de 2012) para concluir que, según estas, que no resulta contradictorio el pago de las incapacidades cuando son ordenadas por el médico tratante, aunque se haya pagado y reconocido la prestación de indemnización permanente parcial, lo que no fue objetado por la pasiva.

- Explicó, que esta tesis se respalda en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: T-920 de 2009, T-729 de 2012, T-777 de 2013 y T-312 de 2018 y por la circular 010 de 2017 del Ministerio de Salud, donde se establece que el pago de incapacidades temporales debe ceñirse al artículo 3° de la Ley 776 de 2002, que solo indica que se debe reconocer el auxilio con el 100% del salario con el que se efectúa la cotización desde el momento en que ocurre el accidente y hasta que se cumpla su readaptación, pero se señala que no es un límite legalmente declarado el pago de la indemnización.

- Concluye entonces, que la forma de determinar el límite de las incapacidades temporales es el concepto favorable de rehabilitación, que debe

ser tramitado por la aseguradora según se explica en sentencias como T-920 de 2009 y T-468 de 2010, inclusive en la sentencia T-777 de 2013 se explica que existe un déficit de protección para personas con incapacidad superior de 540 días cuando se trata de una enfermedad o accidente laboral, pues no deben cancelarse hasta la incapacidad permanente sino hasta que finalice el proceso de rehabilitación.

- Agrega que la misma jurisprudencia ha señalado que la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios mantienen un vacío, cuando el trabajador a pesar de tener una PCL inferior al 50% no puede reincorporarse a su puesto de trabajo por que persisten sus problemas de salud, concluyendo en casos de enfermedad común la providencia T-140 de 2016 que debían ser asumidas por los fondos de pensiones hasta que una nueva calificación disponga el pago de pensión o se expida certificado de rehabilitación favorable y por ende es entendible que siendo este un caso de enfermedades profesionales, deben ser asumidas por la ARL.

- Establece que para casos como el presente, en la jurisprudencia y circular citada se descarta la procedencia del pago de intereses de mora, así mismo no transcurrieron 3 años para demandar por lo que tampoco procede la prescripción y de manera subsidiaria se ordena la indexación, liquidando las incapacidades sobre la base de \$7.591.500 al aceptar la ARL que antes de la indemnización era el IBL por el que pagó las anteriores incapacidades.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

La apoderada de la parte demandada interpone recurso de apelación para que se revoque la condena en su contra, argumentando:

- Que no está conforme con la decisión de declarar probados los hechos 4 a 22 por inasistencia de la demandada a la conciliación, dado que el representante legal de la pasiva presentó la correspondiente justificación y nunca se estableció si la misma fue válida y aceptada, no se permitió discutir al respecto.

- Que insiste en la prosperidad de las excepciones cuatro y cinco: pago total de las obligaciones a su cargo e inexistencia o carencia de causa que legitime la demanda, pues existe un dictamen del 25 de septiembre de 2018 que realizó una calificación integral arrojando una PCL del 61.88% de origen común y ante ello no es posible que se genere condena en contra, cuando canceló todos lo derivado de los diagnósticos calificados como de origen profesional en pagos de \$88.302.021 en mayo de 2012 por indemnización permanente parcial y otro pago de \$17.006.913 cuando se aumentó al 35.03%.

- Que no existe obligación de reconocer las incapacidades reclamadas pues al momento de proferir la sentencia, pues las obligaciones cesan en 3 casos: rehabilitación integral, incapacidad parcial indemnizada y pérdida superior al 50% adquiriendo pensión; conforme el Decreto 2943 de 2013, las ARL serán encargadas de asumir las incapacidades por accidente laboral desde la ocurrencia del hecho hasta estos escenarios, aconteciendo los dos últimos antes de proferir la sentencia en contra.

- Que de manera subsidiaria, solicita que se tenga en cuenta que el Doctor VÍCTOR ENRIQUE ANTOLINEZ AYALA, neurocirujano que expidió las incapacidades comprendidas del 5 de marzo al 1 de agosto de 2016, lo hizo como persona particular según la historia clínica aportada pues es posible evidenciar que las del 2 de agosto al 15 de diciembre de 2016 sí cuentan con el logo de LIBERTY así como las del 30 de diciembre de 2016 al 29 de marzo de 2017.

- Que no se puede desconocer que los diagnósticos por los que se otorgaron las incapacidades no corresponden exclusivamente a enfermedades de origen laboral, por ejemplo, la del 1 de octubre de 2016 y el 15 de diciembre de 2016 tienen como diagnóstico la depresión severa que fue calificada de origen común; inclusive la historia de febrero de 2017 también señala como impresión diagnóstica la ansiedad y neuropatía que son de origen común, no siendo dable que esas obligaciones sean asumidas por LIBERTY.

- Que tampoco se valoró que las incapacidades del 5 de enero al 4 de marzo de 2016 fueron pagadas por la entidad el 5 de abril de 2018 bajo transferencia No. 77000252277 y este documento fue debidamente aportado al proceso con el oficio expedido para comunicar el mismo.

4. ALEGATOS

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

•PARTE DEMANDANTE:

El apoderado del accionante manifestó que desde la contestación se ha negado el derecho a las incapacidades alegando que ya se canceló la indemnización, pero está demostrado que el actor no devenga pensión y que su tratamiento no ha terminado pues sus patologías no se han curado y por ende se le han venido expidiendo incapacidades que deben ser reconocidas y asumidas por el sistema de riesgos laborales conforme el artículo 3° de la Ley 776 de 2002 con una adecuada lectura constitucional respecto de la rehabilitación integral y por ello solicita se confirme el fallo impugnado.

- PARTE DEMANDADA:** La apoderada de la entidad demandada, solicita que se revoque la providencia expedida en su contra por cuanto las razones que generaron la condena no se ajustan a las pruebas obrantes; explicó que no se deben ordenar el pago de incapacidades pues la entidad asumió todas las obligaciones a su cargo y canceló tanto las incapacidades como las indemnizaciones correspondientes. Estima que el despacho no tuvo en cuenta la justificación aportada para no aplicar la presunción por inasistencia a la audiencia de conciliación, ni que las incapacidades expedidas de marzo 5 a agosto a de 2016 fueron de médico particular y que las incapacidades anteriores y posteriores a esa fecha fueron canceladas por transferencia demostrada.

Reclama también que se dejó de valorar el que las enfermedades incapacitantes no eran exclusivamente de origen laboral, pues algunas se

expiden por el diagnóstico de depresión que fue calificado de origen común, así como la depresión y neuropatía periférica.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Resulta procedente ordenar a la A.R.L. LIBERTY SEGUROS DE VIDA de las incapacidades expedidas al señor DAVID DELGADO TRIANA con posterioridad al pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial?

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, procede la Sala a determinar si la A.R.L. LIBERTY SEGUROS DE VIDA está en la obligación de reconocer y pagar al señor DAVID DELGADO TRIANA las incapacidades que fueron expedidas por el médico tratante, con fecha posterior al pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial como resultado de sus patologías de origen laboral.

El juez *a quo* manifiesta, que analizada la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la acusación de incapacidades posteriores al pago de la indemnización, existe un vacío normativo, pues la obligación de asumir ese pago solo se genera con el concepto favorable de rehabilitación o con la calificación por encima del 50% que genera la pensión de invalidez, por lo que al no presentarse ninguna de estas circunstancias, procedía el pago de las incapacidades reclamadas. Conclusión a la que se opone el apelante, quien además de reiterar que cesó su obligación con el pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial, señala entre sus argumentos que existe un dictamen con PCL superior al 50%, que algunas incapacidades fueron expedidas por médico particular y otras por diagnósticos de origen común y finalmente que se realizó un pago que no fue declarado.

Centrada así la controversia en el pago de incapacidades temporales alegadas de origen profesional, se advierte que conforme al Decreto-Ley 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002, todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que sufra de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y como consecuencia de ellos se incapacite, invalide o muera, tiene derecho a que este sistema le preste los servicios asistenciales y prestaciones económicas. Así mismo, estas prestaciones corresponden a la administradora a la cual se encuentre afiliado el trabajador al momento de ocurrir el accidente o la enfermedad profesional y deberá responder por las prestaciones derivadas del evento tanto iniciales como las secuelas.

Entre las prestaciones económicas consagradas, la incapacidad temporal conforme al artículo 2° de la Ley 776 de 2002 es aquella que “...según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema

General de Riesgos Profesionales, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado”; su monto equivale al 100% de su salario base de cotización calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte, fijándose un límite de 180 días prorrogable por otros 180 para cuando si no ha culminado la rehabilitación, debe iniciarse el procedimiento de calificación y hasta tanto no se establezca el grado de incapacidad o invalidez, la Administradora continuará cancelando el subsidio por incapacidad temporal.

De esta manera, una lectura preliminar daría lugar a entender que efectivamente le asiste razón a la entidad apelante cuando señala que por expresa disposición legal, se consagró que el reconocimiento y pago de incapacidades cesa con la declaración de la incapacidad permanente parcial y el pago de la indemnización respectiva; esta intelección del artículo 3° de la Ley 776 de 2002 es incluso avalada por la Corte Constitucional en Sentencia T-312 de 2018 al señalar que:

“...en cuanto al defecto sustantivo alegado, la Sala concluye que este no se evidencia en el asunto bajo estudio, pues del análisis del fallo cuestionado no se advierte que el juez haya basado su decisión en una norma inaplicable al caso o haya pasado por alto la disposición que debía aplicar. Por el contrario, para sustentar su posición se refirió a las normas señaladas en la Ley 776 de 2002, por medio de la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales, para aplicar, en específico, el artículo 3 que regula el monto y el periodo por el cual se reconocen las incapacidades temporales.

Aunado a ello, se advierte que el citado artículo es claro en señalar que el pago de dichas incapacidades, se debe realizar desde el día siguiente del suceso que lo origina y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación, curación o la declaración de su incapacidad permanente parcial, como ocurrió en este caso.

*En consecuencia, **no cabría afirmar que la interpretación que hizo el juez demandado de la norma resultara contra evidente, irrazonable o desproporcionada**, pues se realizó una simple aplicación de la misma al caso concreto, para concluir que la pretensión de la demandante no se encontraba contemplada dentro de los supuestos que cobija la señalada disposición.”*

Es decir, desde una aplicación estricta y objetiva del parámetro legal en cita, asistiría razón a la A.R.L. al reclamar que una vez canceladas la indemnización por incapacidad permanente parcial cesó la obligación de asumir incapacidades temporales por la misma patología ya calificada; no obstante, en la misma providencia, la Corte Constitucional estima que limitar el entendimiento de la norma a esta visión desconocería los mandatos constitucionales y señala:

“...Al realizar el análisis del caso de cara a lo señalado, se debe tener en cuenta que, tal como lo ha reconocido la

jurisprudencia constitucional y se indicó en la parte motiva, el objetivo del reconocimiento y pago de las incapacidades temporales se orienta a amparar el mínimo vital del trabajador que, por su condición de salud, se ve forzado a suspender su actividad laboral, al brindar la posibilidad de reemplazar el salario que esta le proporciona y, por tanto, continuar percibiendo un ingreso que le permita atender sus necesidades básicas.

Por otro lado, esta Corte ha manifestado que la finalidad de la indemnización que se reconoce como consecuencia de una incapacidad permanente parcial es la de compensar “por un daño que es, de cualquier forma, irreversible y que se produjo como consecuencia de la labor desempeñada por el trabajador. Es decir no tiene por objeto sufragar las necesidades vitales del incapacitado, sino exclusivamente reparar el daño sufrido por éste en cumplimiento de una actividad socialmente productiva”¹.

Lo anterior fue advertido por esta Corporación en sentencia T-434 de 2008, luego de evidenciar que, en vista de que la Ley 772 de 2006 señala que luego de ser calificado el trabajador debe ser reintegrado o reubicado. Tal situación indica que la indemnización por incapacidad no resulta incompatible con un ingreso mensual. En esa medida, en esta oportunidad cabe afirmar que, el mencionado reconocimiento tampoco es inconciliable con el auxilio que se recibe por incapacidad temporal que, como se evidenció, tiene como fin sustituir el salario de la persona que se ve imposibilitada para trabajar y por tanto garantizar su mínimo vital.

En consecuencia, de lo expuesto se concluye que las señaladas prestaciones tienen por objeto cubrir circunstancias distintas, puesto que mientras que las incapacidades buscan reemplazar el salario del trabajador, la indemnización persigue la compensación del daño sufrido este último como consecuencia del ejercicio de su actividad laboral.

Por tanto, no es de recibo afirmar, como lo hizo la respectiva ARL, que los pagos reclamados por concepto de incapacidad laboral se encuentran cubiertos con la indemnización por incapacidad permanente parcial pues, como se observó, esta última no fue creada para sustituir el salario de la accionante

*Así las cosas, resulta evidente que el tribunal demandado faltó a su deber de aplicar los preceptos constitucionales por encima de las disposiciones legales, habida cuenta que su fallo desconoció la protección consagrada en la Carta en relación con el derecho fundamental a la seguridad social y al amparo de personas en condición de discapacidad, en tanto que, si bien se limitó a aplicar la norma que regula la materia, pasó por alto que el pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial persigue un fin distinto al del reconocimiento de las incapacidades laborales pues, mientras el primero busca compensar un daño sufrido, el segundo se erige como sustituto del salario de la accionante. En esa medida, **se configuró un defecto por violación***

¹ Sentencia T-434 de 2008

directa de la Constitución, al realizar una interpretación restrictiva de la citada norma, que desconoce los principios constitucionales.”

Fluye de lo expuesto, que aceptar los argumentos del apelante sobre aplicar la interpretación restrictiva del artículo 3° de la Ley 776 de 2002, implicaría incurrir en lo que ya se ha identificado como una violación directa de la Constitución, pues se equiparan los cubrimientos de dos prestaciones distintas para desamparar a una persona en condición de disminución física y con ello, se negaría la protección legal de trabajadores en imposibilidad de acudir a desempeñar sus funciones.

Descartado este argumento, procede la Sala a valorar si como afirma el apelante las diferentes incapacidades aportadas para hacerse efectivas no cumplieron con los requisitos legales de expedición como que no fueron expedidas por el médico adscrito a la A.R.L. ni por enfermedades de origen laboral; para lo cual se demostró sobre las incapacidades reclamadas, lo siguiente:

No.	Fechas	Días	Diagnóstico	Observación
1	5 de enero al 3 de febrero de 2016	30	Dolor crónico y discopatía	Radicado en ARL LIBERTY el 19 de agosto de 2016 (Fol. 10-11)
2	4 de febrero al 4 de marzo de 2016	30	Dolor crónico y discopatía	Radicado en ARL LIBERTY el 19 de agosto de 2016 (Fol. 12-13)
3	5 de marzo al 3 de abril de 2016	30	Dolor crónico, Depresión Severa, STCB y discopatías lumbares y cervicales	Expedida retroactivamente en consulta del 1 de octubre de 2016. (Fol. 14-15) Radicado en ARL LIBERTY el 16 de diciembre de 2016 (Fol. 17)
4	4 de abril al 3 de mayo de 2016	30	Dolor crónico, Depresión Severa, STCB y discopatías lumbares y cervicales	Expedida retroactivamente en consulta del 1 de octubre de 2016. (Fol. 14-15) Radicado en ARL LIBERTY el 16 de diciembre de 2016 (Fol. 18)
5	4 de mayo al 2 de junio de 2016	30	Dolor crónico, Depresión Severa, STCB y discopatías lumbares y cervicales	Expedida retroactivamente en consulta del 1 de octubre de 2016. (Fol. 14-15) Radicado en ARL LIBERTY el 16 de diciembre de 2016 (Fol. 19)
6	3 de junio al 2 de julio de 2016	30	Dolor crónico, Depresión Severa, STCB y discopatías lumbares y cervicales	Expedida retroactivamente en consulta del 1 de octubre de 2016. (Fol. 14-15) Radicado en ARL LIBERTY el 16 de diciembre de 2016 (Fol. 20)
7	3 de julio al 1 de agosto de 2016	30	Dolor crónico, Depresión Severa, STCB y discopatías lumbares y cervicales	Expedida retroactivamente en consulta del 1 de octubre de 2016. (Fol. 14-15) Radicado en ARL LIBERTY el 16 de diciembre de 2016 (Fol. 21)
8	2 de agosto al 31 de agosto de 2016	30	Dolor crónico, depresión mayor, discopatía lumbar, discopatía cervical y STCB.	Expedida retroactivamente en consulta del 15 de diciembre de 2016 (Fol. 16) Radicado en ARL LIBERTY el 16 de diciembre de 2016 (Fol. 22)

9	1 al 30 de septiembre de 2016	30	Dolor crónico, depresión mayor, discopatía lumbar, discopatía cervical y STCB.	Expedida retroactivamente en consulta del 15 de diciembre de 2016 (Fol. 16) Radicado en ARL LIBERTY el 16 de diciembre de 2016 (Fol. 23)
10	1 al 30 de octubre de 2016	30	Dolor crónico, depresión mayor, discopatía lumbar, discopatía cervical y STCB.	Expedida retroactivamente en consulta del 15 de diciembre de 2016 (Fol. 16) Radicado en ARL LIBERTY el 16 de diciembre de 2016 (Fol. 24)
11	Del 31 de octubre al 29 de noviembre de 2016	30	Dolor crónico, depresión mayor, discopatía lumbar, discopatía cervical y STCB.	Expedida retroactivamente en consulta del 15 de diciembre de 2016 (Fol. 16) Radicado en ARL LIBERTY el 16 de diciembre de 2016 (Fol. 25)
12	30 de noviembre al 29 de diciembre de 2016	30	Dolor crónico, depresión mayor, discopatía lumbar, discopatía cervical y STCB.	Expedida retroactivamente en consulta del 15 de diciembre de 2016 (Fol. 16) Radicado en ARL LIBERTY el 16 de diciembre de 2016 (Fol. 26)
13	30 de diciembre de 2016 al 28 de enero de 2017	30	Dolor crónico, discopatía lumbar y cervical, depresión-ansiedad y neuropatía-periférica.	Expedida retroactivamente en consulta del 23 de marzo de 2017 (Fol. 27) Sin prueba de haberse radicado en ARL LIBERTY (Fol. 28)
14	29 de enero al 27 de febrero de 2017	30	Dolor crónico, discopatía lumbar y cervical, depresión-ansiedad y neuropatía-periférica.	Expedida retroactivamente en consulta del 23 de marzo de 2017 (Fol. 27) Sin prueba de haberse radicado en ARL LIBERTY (Fol. 29)
15	28 de febrero al 31 de marzo de 2017	30	Dolor crónico, discopatía lumbar y cervical, depresión-ansiedad y neuropatía-periférica.	Expedida retroactivamente en consulta del 23 de marzo de 2017 (Fol. 27) Sin prueba de haberse radicado en ARL LIBERTY (Fol. 30)

Previo a analizar los puntos concretos esbozados por el apelante, encuentra la Sala que 13 de las 15 incapacidades reclamadas fueron expedidas retroactivamente; es decir, según la historia clínica aportada, el médico tratante las expidió sin consecutividad y con vigencia retroactiva, situación que está expresamente prohibida por el artículo 12 de la Resolución 2266 de 1998 que reza:

“ARTICULO 12. DE LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS DE INCAPACIDAD EN EVENTOS OCURRIDOS CON RETROACTIVIDAD A LA FECHA DE ATENCIÓN. *No se puede expedir certificado de incapacidad con vigencia retroactiva en el caso de pacientes de atención ambulatoria.*

PARAGRAFO. *Se exceptúan de esta prohibición aquellos casos en los cuales se determina que el episodio de ausentismo laboral tuvo origen en trastornos de la memoria, confusión mental, desorientación en tiempo y espacio y otras alteraciones de la esfera psíquica, como consecuencia de patología psiquiátrica, causas orgánicas o intoxicación con psicotrópicos y/o alcohol y accidentes de Trabajo que generen politraumatismo severo. En estos eventos el certificado lo puede expedir únicamente el médico especialista tratante y su retroactividad no debe ser superior a treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de expedición.*

Así mismo se exceptúan aquellos casos de atención ambulatoria plenamente justificados, siempre y cuando la retroactividad no sea superior a tres (3) días calendario, dejando el médico tratante expresa constancia del hecho en la historia clínica.”

Conforme a este precepto jurídico, la única forma de conferir validez a las incapacidades retroactivas reclamadas es si está demostrado uno de los dos escenarios planteados en el parágrafo; pero en momento alguno la parte demandante justificó la emisión tardía de las incapacidades del 5 de marzo de 2016 al 31 de marzo de 2017, toda vez que no probó tuviera algún padecimiento que le impidiera asistir al médico, si bien tiene diagnósticos de índole psiquiátrico como depresión o ansiedad no se aporta justificación del especialista en psiquiatría que respalde que constituyan una alteración de la esfera psíquica pues las expide el médico neurocirujano y tampoco se evidencia que se expidieran en menos de 3 días con justificación del médico tratante en la historia clínica.

Esta situación hace improcedente cualquier reconocimiento derivado de estas incapacidades, porque las mismas fueron expedidas contrariando una prohibición expresa y por sustracción de materia, resulta innecesario analizar lo correspondiente al médico tratante que la expidió y las patologías de origen; por lo cual, solo resta analizar lo correspondiente a las incapacidades del 5 de enero al 4 de marzo de 2016, sobre las cuáles afirma la A.R.L. LIBERTY haber efectuado el pago transferencia No. 77000252277 del 5 de abril de 2018.

Como prueba de esta afirmación, en respuesta a decreto oficioso del Juez la entidad demandada aportó oficio del 25 de junio de 2019 informando que luego de ser notificados de la demanda efectuó tres pagos al actor por incapacidades, que afirmó constan de:

1. \$21.085.290 mediante transferencia No. 77000252277 del 5 de abril de 2018, operación bancaria vista a folio 177; la cual afirma corresponde a las incapacidades del 5 de enero al 3 de febrero de 2016 y del 4 de febrero al 4 de marzo de 2016.

2. \$32.633.703 mediante transferencia No. 77000283328 del 28 de mayo de 2019, operación bancaria vista a folio 178; la cual afirma corresponde a incapacidades del 15 de enero al 13 de febrero de 2019, 14 de febrero al 14 de marzo de 2019 y del 16 de marzo al 14 de abril de 2019.
3. \$31.627.935 mediante transferencia No. 77000273396 del 1 de noviembre de 2019, operación bancaria vista a folio 179; que afirma corresponde a incapacidades del 17 de octubre al 15 de noviembre de 2018, del 16 de noviembre al 15 de diciembre de 2018 y del 12 de diciembre de 2018 al 14 de enero de 2019.

Una vez incorporada esta prueba, la misma no fue tachada de falsa o desconocida por la parte actora; si bien el juez *a quo* señaló que no daba credibilidad a esta prueba porque el pago se había realizado en 2018 y las incapacidades reclamadas eran del año 2016, era al demandante quien correspondía desvirtuar la afirmación de la demandada e identificar si existían otras incapacidades a las cuáles imputar el pago afirmado.

Estima la Sala que esta transferencia, donde se identifica al actor como beneficiario y que no fue desconocida o tachada por la parte contra quien se opone, es prueba suficiente y válida para tener como pagadas las dos incapacidades restantes.

En consecuencia, se revocará íntegramente la decisión de primera instancia que ordenó el pago de las incapacidades debatidas, en su lugar, se declararán probadas las excepciones de pago respecto de las incapacidades del 5 de enero al 4 de marzo de 2016 y de inexistencia de causa para demandar respecto de las incapacidades del 5 de marzo de 2016 al 31 de marzo de 2017, absolviendo a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra.

Finalmente, al prosperar el recurso de apelación de la demandada y resultar vencido en juicio el actor, se le condenará en costas de ambas instancias. Fíjense como agencias en derecho de segunda instancia la suma de \$250.000.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR íntegramente la sentencia del 31 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia, y en su lugar **DECLARAR PROBADAS** las excepciones propuestas por A.R.L. LIBERTY de pago respecto de las incapacidades del 5 de enero al 4 de marzo de 2016 y de inexistencia de causa para demandar respecto de las incapacidades del 5 de marzo de 2016 al 31 de marzo de 2017, absolviéndole de las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de ambas instancias al demandante. Fijar como agencias en derecho a favor del demandado la suma de \$250.000.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belén Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente

José Andrés Serrano M.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Elver Naranjo

ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de enero de 2021.

[Firma]

Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2018-00478-00
RADICADO INTERNO:	18.979
DEMANDANTE:	SAMUEL QUINTERO HURTADO
DEMANDADO:	SERCONTRATOS SAS – INCOLMINE SAS

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor SAMUEL QUINTERO HURTADO contra SERCONTRATOS SAS e INCOLMINE SAS S.A.S. radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2018-00478-00, y radicación interna No. 18.979 de este Tribunal Superior, a conocer del Recurso de Apelación incoado por la demandante en contra de la Sentencia del 18 y 24 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor SAMUEL QUINTERO HURTADO interpuso demanda ordinaria laboral contra SERCONTRATOS S.A.S. e INCOLMINE S.A.S. a través de apoderado judicial para que se declare la existencia de un contrato laboral desde 12 de febrero de 2016 hasta el 25 de septiembre de 2017, terminado sin justa causa por parte del empleador, afirmando que ambas demandadas son responsables solidarias de todas las condenas pretendidas: 1) Salarios, aportes a seguridad social y parafiscales de octubre 2017 a marzo 2018, 2) Diferencia salarial de abril a noviembre de 2018, 3) Dotación de 2016 a 2017, 4) Indemnización del artículo 26 Ley 361 de 1997, 5) Indemnización por terminación sin justa causa del artículo 64 CST, 6) Indemnización por no consignación de cesantías de los años 2016 y 2017, 7) Cesantías e intereses a cesantías del 2017 y 8) Costas.

Como fundamento fáctico expuso, que celebró contrato de trabajo escrito a término indefinido, entre el 12 de febrero de 2016 hasta el 25 de septiembre de 2017, con La Empresa SERCONTRATOS S.A.S., no obstante, la prestación personal del servicio, se dio en La Empresa INCOLMINE SAS., donde se desempeñó como operario de extracción de coque, con salario de \$1.600.000. Que sufrió un accidente de trabajo el día 20 de abril de 2017, por lo cual, estaba en tratamiento y contaba con recomendaciones médico laborales. Que, la empresa SERCONTRATOS S.A.S. lo desvinculó el día 25 de septiembre de 2017, con ocasión del accidente laboral, sin autorización del Ministerio de Trabajo y desde entonces estuvo desvinculado de la empresa hasta el mes de marzo de 2018, pues a través de tutela radicado 2018-051, el Juzgado Quinto Penal Municipal de Cúcuta, ordenó como mecanismo transitorio el reintegro y afiliación a seguridad social.

Que, en el mes de abril de 2018, le practicaron procedimiento quirúrgico en rodilla derecha con ocasión del accidente sufrido, por lo cual, se le expidió incapacidad

hasta el día 03 de julio de 2018, con base en un SMLMV. Que, en el mes de julio de 2018, al término de la incapacidad, fue reintegrado, pero reubicado posteriormente a labores administrativas en la ciudad de Bogotá a partir del mes de agosto de 2018. Que el empleador, no justificó la diferencia salarial recibida a partir del reintegro, equivalente a un SMLMV pese a que el promedio percibido antes del reintegro fue de \$1.600.000. Que, al término del contrato, el empleador, no pago liquidación.

SERCONTRATOS S.A.S., contestó que reconoce la existencia de contrato de trabajo a término indefinido, pero bajo su subordinación y no de otra empresa, inicialmente desde el 16 de febrero de 2016 hasta el 25 de septiembre de 2017 fecha en la que dio por terminada la relación laboral de manera unilateral, pagando indemnización y acreencias laborales. Aclara que, en el mes de marzo de 2018 en virtud de la sentencia del juez de tutela, queda sin efecto dicha terminación, por lo cual se reintegra, no obstante, el actor, presentó carta de renuncia voluntaria a partir del 09 de abril de 2019.

En cuanto al salario, señaló que, para el momento de la demanda, equivalía a \$781.242 y no otro, en razón a que no desempeñaba las labores que inicialmente fueron contratadas como operario de extracción de coque y sobre dicho valor, le fueron pagadas las incapacidades por parte del empleador y de la ARL. En relación con las recomendaciones laborales, sostuvo que fueron emitidas en febrero de 2018, cinco meses después de la decisión de la terminación inicial, por lo cual, el empleador las desconocía en su momento. Sobre el reintegro ordenado en la tutela, afirma que se perfeccionó en la ciudad de Bogotá, donde tiene domicilio la empresa, realizando labores administrativas.

Se opuso a todas las pretensiones y propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia de la obligación, carencia de norma jurídica, falta de causa, buena fe, compensación y genérica.

INCOLMINE S.A.S. por su parte al contestar negó y desconoció todos los hechos, aclaró que el demandante jamás le prestó servicios personales, por lo cual, nunca existió vínculo alguno. Que suscribió un contrato comercial con SERCONTRATOS S.A.S., para que esta última, con plena autonomía técnica y administrativa, adelantara labores relacionadas con recepción, almacenamiento, preparación de carbón y coque, contratando a su propio personal, incluyendo al actor, quien prestó servicios hasta el 25 de septiembre de 2017 en desarrollo del aludido contrato y nunca en fechas posteriores como las pretendidas en la demanda.

Se opuso a todas las pretensiones de fondo: inexistencia de la obligación, prescripción, ausencia de causa pretendi, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, falta de título y causa, inexistencia de solidaridad, genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia de la apelación instaurada por la parte demandante con ocasión de la Sentencia del 24 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“Primero. DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la parte demandante y la empresa demandada “SERCONTRATOS SAS” del 12 de febrero de 2016 al 25 de septiembre de 2017, conforme a lo considerado,

Segundo. DECLARAR que el contrato de trabajo anterior, fue terminado sin justa causa por el empleador, pagando la indemnización respectiva.

Tercero. DECLARAR probada la excepción de mérito propuesta por SERCONTRATOS SAS denominada inexistencia de la obligación frente a lo pretendido conforme a los hechos debatidos, conforme a lo considerado.

Cuarto. ABSOLVER a la empresa llamada en solidaridad INCOLMINE SAS por lo considerado en la motiva

Quinto. CONDENAR en costas a la parte demandante y a favor de las demandadas en su orden SERCONTRATOS S.A.S. y la empresa INCOLMINE S.A.S. con fundamento se itera, artículo 365-1 del CGP en conc. Con el Acuerdo PSAA-16-10554 del 2016, artículo 5, primero instancia, para procesos declarativos en general, se fijan las agencias en un (1) SMLMV a favor de las demandas y a cargo del actor, salario que asciende hoy a \$ 8.77.806, Decreto 2360 de 2019.

Sexto. NO hay lugar a consulta de la sentencia, conforme a lo considerado.”

2.2 Fundamento de la decisión

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

- Que, si bien es cierto, el trabajador cuenta a su favor con la presunción del artículo 24 del CST, la jurisprudencia exige que se pruebe la relación entre las partes, para que sea el empleador quien demuestre lo contrario y por eso el demandante debe probar el inicio y final de la relación, así como el salario pues de lo contrario se tiene en cuenta el SMLMV, así mismo, debe probar el hecho del despido, siendo carga probatoria del empleador la justificación del mismo.
- De la valoración de las pruebas, determinó que no es materia de discusión la existencia de un contrato de trabajo, sin embargo, si existe discusión, sobre la relación predicada sobre INCOLMINE SAS. Pero establece que está demostrada la existencia de un contrato a término indefinido desde el 12 de febrero de 2016 hasta el 25 de septiembre de 2017, que se terminó de manera unilateral por el empleador, previo pago de indemnización ordinaria.
- Explicó que también está probado que el actor, tuvo un accidente de trabajo y que le pagaron prestaciones, liquidación e indemnización, en debida forma según reconoció el actor en interrogatorio de parte. Que, en virtud del accidente de trabajo, tuvo recomendaciones emitidas por traumatólogo, por termino de tres meses, vencidos el 05 de septiembre de 2017, es decir que, a la fecha de terminación, no hay prueba de recomendaciones, restricciones, e incapacidad médica, ni calificación PCL alguna. Que aunque en la demanda se señala que con fecha 15 de febrero de 2018 se le otorgaron recomendaciones laborales posteriores a la terminación, no hay pruebas de su comunicación y además el contrato ya había finiquitado.
- Consideró que el contrato señala que la remuneración es el SMLMV, variable según productividad y que la liquidación evidencia que el salario promedio fue superior a \$1.500.000 según certificación emitida por empleador; que si bien mediante acción de tutela, se ordenó reintegro a favor del actor, nada se dijo sobre el aspecto salarial y prestacional y pese a que la demanda, afirma que se dio el 06 de agosto, se probó que se perfeccionó el 08 de agosto de 2018, con salario equivalente al SMLMV de la época.
- También tuvo como probado que dicho reintegro se dio con reubicación en la ciudad de Bogotá, dado que la empleadora no tenía sede en la ciudad de Cúcuta y terminó por una renuncia del actor, no quedando claro pues ninguna de las partes lo indicó, ni las pruebas permitieron identificarlo con

exactitud, pero aceptaron que tuvo lugar en abril de 2019 según lo informó SERCONTRATOS S.A.S.

- Que ante contradicción sobre el salario pagado posterioridad al reintegro y el valor sobre el cual se pagaron las incapacidades medicas otorgadas, que se pretende con base en promedio devengado según las certificaciones de la relación inicial, estimó que debía ser sobre el SMLMV dado que los valores superiores dependerían de la productividad según contrato.
- Sobre la estabilidad laboral reforzada, indicó que el fuero establecido el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, responde a las definiciones del artículo 5 y lo reglamentado en el Decreto 2463 de 2001 en su artículo 7, el cual exige autorización del Ministerio de Trabajo para poder despedir a personas discapacitadas, si tienen un porcentaje de PCL mínimo de 15%; siendo el objeto de esta norma evitar que haya discriminación del trabajador discapacitado, lo que no ocurre en el caso concreto pues si el empleador no conoce, no puede ser cuestionado sobre ello, salvo que sea un hecho notorio e incida en funciones laborales del trabajador.
- Incidió que es la Ley 1618 de 2013, vigente a la fecha de los hechos, la que define quien es discapacitado y no permite encontrar una definición donde se enmarque al actor. Agregando que conforme a las sentencias SL-39207 2012 y SL-1360 de 2018, entre otras, la tesis es que no toda situación de salud es discapacidad pues se entiende por lo menos al registrar una pérdida del 15% aunque en todo caso la existencia de una situación de discapacidad, no es óbice para no poder despedir al trabajador, siempre y cuando medie una causal objetiva.
- Que el actor no acreditó, una sola incapacidad en el momento del despido, que pudiera probar una discriminación por concepto de salud, tampoco una incidencia sustancial en el trabajo al momento de la terminación del contrato.
- Que quedó claro por declaración del trabajador que el contrato terminó sin justa causa para el 25 de septiembre de 2017 pero que se le pagaron todas las prestaciones y la indemnización ordinaria, por lo que mal podría haber condena en ese sentido, en consecuencia, todas las prestaciones anteriores a esa fecha se negaron.
- En cuanto a salarios y prestaciones sociales a partir del 26 de septiembre de 2017 y hasta el 07 agosto de 2018, considerando que fue reintegrado el 08 de agosto de 2018 y hasta su renuncia en abril de 2019 se le pagaron los salarios sobre el mínimo.
- Frente a las cesantías, tanto en la primera terminación unilateral, como al momento de la renuncia, las cesantías tenían que pagarse directamente al trabajador por el empleador.
- Sobre dotación, el actor reconoció el pago al terminar el contrato el 25 de septiembre de 2017, pero no se insertan en los hechos, incumplimiento alguno, por lo cual no fue objeto de contradicción, no puede ser objeto de extra y ultra petita condena alguna en ese sentido.
- Que probó que el empleador fue SERCONTRATOS S.A.S., por lo cual, la solidaridad de INCOLMINE S.A.S., conforme al 34 del CST, no puede predicarse dado que, requería una condena sobre la primera que no va a presentarse.
- Declaró probado la existencia de contrato de trabajo a término indefinido del terminado sin justa causa, probado la excepción propuesta de inexistencia

obligación, sin obligación legal de proveer sobre las demás excepciones según artículo 282 CGP.

- Absolvió a INCOLMINE S.A.S. vinculada por solidaridad, condenó en costas 365 No. 1 CGP a favor de demandadas y no ordenó consulta al no cumplirse artículo 14 ley 1149 de 2007.

3 DE LA IMPUGNACIÓN

La apoderada de la parte demandante presenta recurso de apelación afirmando:

Que, si bien es cierto, en el momento de los hechos, el actor no contaba con recomendaciones o incapacidad del accidente de trabajo, se encontraba en tratamiento y espera de consultas médicas.

Se evidencia en resonancia magnética con hallazgos de naturaleza traumática, que, en mucha jurisprudencia constitucional, donde se advierte sobre la estabilidad reforzada, aplica para trabajadores a quienes su situación de salud les impide desarrollar su trabajo, como ocurrió en el caso.

De igual forma, solicita tener en cuenta que fue despedido en septiembre de 2017 y reubicado en septiembre de 2018, tiempo por el cual, no tuvo cotización en su respectiva ARL.

Señala su inconformidad, respecto al pago de las incapacidades generadas desde el mes de abril de 2018 hasta su reubicación en agosto de 2018, como quiera que fueron canceladas con base en un SMLMV, teniendo en cuenta que fue un accidente de trabajo y se debía tener como referencia, el IBC de los seis meses anteriores.

ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:**

No presentó Alegatos.

- **PARTE DEMANDADA:**

SERCONTRATOS S.A.S.

No presentó Alegatos.

INCOLMINE S.A.S

Manifestó que, es claro que en el caso concreto no existe una relación de causalidad entre el contrato existente entre SERCONTRATOS SAS y el demandante, con el vínculo comercial entre INCOLMINE S.A.S. y SERCONTRATOS S.A.S., dado que la relación comercial se dio entre 12 de febrero de 2016 y el 25 de septiembre de 2017 y los hechos acaecidos, que dan origen a la demanda, tuvieron lugar con posterioridad.

INCOLMINE S.A.S. dejó de ser el beneficiario de las actividades realizadas por parte del demandante en virtud del contrato de trabajo con SERCONTRATOS S.A.S. desde el 25 de septiembre del 2017 y por ello la solidaridad deprecada es un imposible jurídico y fáctico.

Tampoco hay lugar a la solidaridad deprecada por el actor, teniendo en cuenta que el objeto contractual pactado entre mi representada y SERCONTRATOS S.A.S. es

totalmente disímil y/o extraño a las actividades normales del negocio de mi representada.

4. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

Los problemas jurídicos planteados, a partir de los argumentos esgrimidos en recurso de apelación, son los siguientes:

- 1- ¿Había lugar a declarar que el actor ¿SAMUEL QUINTERO HURTADO gozaba de estabilidad laboral reforzada en virtud de afectación en su salud y el pago de la indemnización tras el despido?
- 2- Había lugar al pago al pago de incapacidades medicas entre el mes de abril de 2018 y agosto de 2018 con un IBL superior al SMLMV.

6. CONSIDERACIONES:

Lo primero es señalar que de conformidad con el principio de consonancia de que trata el artículo 66A del C.S.T, el debate en el presente asunto se dirigirá a lo que fue objeto de impugnación, conforme el problema jurídico delimitado.

Así mismo, necesario es advertir que el artículo 281 del C.G.P., aplicable al proceso laboral por remisión expresa del artículo 145 C.P.T.Y.S.S., consigna el principio de congruencia, según el cual “*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda*”, por lo que el director del proceso debe siempre obrar dentro del marco establecido por las partes en contienda.

Por su parte, el artículo 50 del C.P.T.Y.S.S. establece que el “*Juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas*”; facultad extra petita que fue consagrada únicamente para el juez de única o de primera instancia, no pudiendo, el sentenciador de segunda instancia hacer uso de ella, a menos que se trate de derechos mínimos e irrenunciables de un trabajador y se hubieran discutido en el juicio, lo cual ha sido reiterado por la HCSJ en sentencias como SL 5862 de 2014 y SL2808-2018.

Se hace la claridad anterior, en el entendido que, si bien dentro de los fundamentos facticos de la demanda, particularmente en lo expuesto en los hechos 12, 14 y 15, se hace mención a la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de SERCONTRATO S.A.S., a partir del día 25 de septiembre de 2017, sin autorización del Ministerio de Trabajo, pese a encontrarse el actor en disminución física según su dicho, lo cierto es que, en ninguna de las pretensiones, se persigue la declaratoria de ineficacia del despido, no obstante, sí se propende por el pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, según se detalla en la pretensión del literal d) de la cuarta petitoria.

Desde esta orbita, resulta patente señalar que, los argumentos enfilados en la apelación, no guardan congruencia puntual con la demanda, sin embargo, en gracia de discusión, en principio, se hará alusión, a lo inherente a la estabilidad laboral reforzada, a fin de determinar si el actor, era titular de dicha protección laboral y había lugar a su declaratoria y en consecuencia, el pago de la indemnización del

artículo 26 de la Ley 361 de 1997; razón por la cual nos remitimos a ésta norma, la cual dispone “ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”, y en el inciso segundo señala que si se despide a una persona sin el cumplimiento de este requisito, se debe reconocer “una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar (...)”.

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

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

Ahora bien, sobre el correcto entendimiento del art. 26 de la ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Radicado No. 32532 expedida el 15 de Julio de 2008 con Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, fijó como parámetro de decisión que esa ley ampara a “las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5” por lo que “aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo” y adoptando como precedentes los parámetros contenidos en decretos reglamentarios de dicha ley, recuerda que “la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%.” Concluyendo que “la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada”.

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

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

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

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

requisitos jurisprudenciales referidos previamente y estudiando los argumentos del apelante que el estado de salud del trabajador no fue debidamente valorado ni el origen de las patologías.

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

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

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

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

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

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

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

Al descender al caso concreto, se vislumbra de manera cronológica, las siguientes probanzas: historia clínica derivada de atención de urgencias producto de accidente laboral ocurrido el día 20 abril de 2017, en virtud de diagnóstico contusión de rodilla (Fol. 65) e incapacidad medica desde 04 de abril de 2017 hasta 22 de abril de 2017 (Fol. 73).

Igualmente se observa, resultado de resonancia nuclear magnética que da cuenta de lesión osteocondral en rodilla derecha, de fecha 27 de junio de 2017 (Fol. 31-32), historia clínica de fecha 30 de mayo de 2017 que da cuenta del diagnóstico contusión de rodilla derivado de accidente de trabajo (Fol. 33), informe final de terapias realizada por ARL SURA a través de IPS contratada para tal efecto de fecha 31 de mayo de 2017, donde se indica finalización sin complicaciones y se recomienda realización de estiramiento de músculos y realización de ejercicio (Fol. 38).

Historia clínica de control de fecha 10 de agosto de 2018 (Fol. 66) donde se ordena bloqueo en rodilla derecha, realizada según historia clínica de fecha 17 de agosto de 2017 (Fol. 71), incapacidad medica por cuatro días, desde el 17 de agosto de 2017 hasta el 20 de agosto de 2017 (Fol. 76) e historia clínica consulta de control de fecha 02 de noviembre de 2017 (Fol. 69-70),

RIA de procedimiento quirúrgico (Fol. 49), Epicrisis (Fol. 50), que evidencian procedimiento de sutura de menisco medial o lateral, condroplastia de abrasión para zona patela y sinovectomía de rodilla parcial por artroscopia, realizada el día 05 de abril de 2018, incapacidad medica desde el 05 de abril hasta el 05 de mayo de 2017 (Fol. 52).

Historia Clínica de fecha 05 de junio de 2018 donde se extrae el alta dada por especialidad de ortopedia, se recomienda reintegro laboral a actividades livianas por el termino de tres meses, además de dejar uso de muletas, incapacidad desde el 04 de junio de 2018 hasta el 03 de julio de 2017 (Fol. 40-41).

Además, se encuentra la Sentencia de Tutela, proferida por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cúcuta, de fecha 02 de marzo de 2018 (Fol. 20-23) que concedió de manera transitario el derecho fundamental al trabajo, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada al actor y en consecuencia, ordenó a la demanda SERCONTRATOS S.A.S., efectuar el reintegro a cargo que venía

ocupando o uno de semejante jerarquía, previniendo al actor a incoar la demanda ordinaria en un término no superior a cuatro (4) meses, no obstante, desde la acción constitucional, nada se ordenó, respecto al pago de salarios dejados de percibir, ni mucho menos, pago de indemnización alguna.

Con posterioridad, se encuentra oficio de fecha 17 de abril de 2018, remitido por SERCONTRATOS S.A.S a través del cual, se informa al actor, el reintegro y reubicación laboral en la ciudad de Bogotá, bajo el argumento de no contar con un punto de operación en la ciudad de Cúcuta (Fol. 237-238), además, se tiene comunicación remitida por correo electrónica al actor, de fecha 06 de agosto de 2018, en la cual se le señala que en atención a la terminación de incapacidad médica el día 03 de agosto de 2018 y en cumplimiento de la sentencia de tutela antes indicada se procedería a su reubicación (Fol. 267) y su respectivo acuse de recibo (Fol. 273), la cual se dio el día 08 de agosto de 2018, según consta en acta de retorno laboral en la cual se dan recomendaciones médicas hasta el día 03 de octubre de 2017 y se detallan las funciones a realizar (Fol. 268-272).

Del análisis demostrativo referenciado, la inferencia a la que se puede arribar de manera diáfana, es que no existe prueba si quiera sumaria que permita concluir que el actor al momento de la terminación unilateral del contrato efectuado por parte del empleador SERCONTRATOS S.A.S. el día 25 de septiembre de 2017, tuviese recomendaciones laborales vigentes, tampoco, que tuviese una calificación en su pérdida de capacidad laboral y menos aún, que la misma tuviese un porcentaje igual o superior al 15%, según los parámetros normativos y jurisprudenciales destacados en precedencia, máxime, si a consideración se tiene que, en la misma exposición de argumentos del recurso que nos ocupa, así se reconoce.

Bajo esa tesitura, esta Sala, sin mayor elucubración, debe señalar que el juez a quo obró de manera adecuada al absolver a las demandadas, como quiera que no había lugar a emitir condena en relación con la estabilidad laboral reforzada y la indemnización que se genera como consecuencia de ésta, en el entendido que no se configuraron los presupuestos para tal efecto, conforme ampliamente se narró.

En relación el segundo argumento que persigue la recurrente, decantado en el valor sobre el cual fueron pagadas las incapacidades entre el mes de abril de 2018 y agosto de 2018, es claro que, en la demanda, fue objeto de discusión a partir de lo expuesto en los hechos 6, 17, 18, y especialmente en el hecho 22, igualmente, en la pretensión cuarta literal b).

No obstante, según se extrae del plenario, obra certificación de fecha 25 de septiembre de 2017, emitida por el empleador SERCONTRATOS S.A.S. donde se indica que el actor percibía un salario por productividad equivalente a \$1.600.000 (Fol. 27), certificado de aportes a seguridad social de los meses de junio, julio y agosto de 2017 con IBC de \$1.144.500, \$1.550.351 y \$1.534.755, respectivamente (Fol. 28-29), los cuales fueron aportados por el actor.

En contraste, de las pruebas aportadas por las demandadas, se encuentra una certificación, donde se acredita que el actor laboró desde el 12 de febrero de 2016 hasta el 25 de septiembre de 2017, percibiendo un ingreso equivalente a un SMLMV (Fol. 126), igualmente los comprobantes de pago de seguridad social del mes de abril 2018 con base en un IBC equivalente a un SMLMV (Fol. 231-236), así como los comprobantes de nómina desde marzo de 2018 hasta marzo de 2019 con base en el mismo IBC (Fol. 240-266).

Por último, se hará mención del contrato a término indefinido suscrito entre el actor y SERCONTRATOS S.A.S., con fecha de inicio 12 de febrero de 2016 (Fol. 4-6), que establece en la cláusula segunda, que trata sobre remuneración, lo siguiente: *“El EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios, un salario variable por productividad con mínimo garantizado”*

Precisadas las pruebas relevantes en el tema bajo estudio, deviene en imperioso señalar que la norma aplicable, relacionada al ingreso base de liquidación con el cual se deben liquidar las prestaciones económicas derivadas de riesgos laborales es la Ley 1562 de 2012, especialmente el artículo 5 literal a) que señala:

(...)

“a) Para accidentes de trabajo

El promedio del Ingreso Base de Cotización (IBC) de los seis (6) meses anteriores a la ocurrencia al accidente de trabajo, o fracción de meses, si el tiempo laborado en esa empresa fuese inferior a la base de cotización declarada e inscrita en la Entidad Administradora de Riesgos Laborales a la que se encuentre afiliado;”

(...)

Así las cosas, a partir de lo expuesto, si se trae a consideración que, la pretensión se origina de la inconformidad sobre el IBC bajo el cual se pagaron las incapacidades de los meses de abril a agosto del año 2018, debe advertirse que, según la norma en cita, lo procedente para efectuar dicha liquidación, cuando se trata de un accidente de trabajo, es el promedio de los últimos seis (6) meses.

Al descender al sub iudice, tenemos que el actor, sufrió un accidente de trabajo en el día 20 de abril de 2017 según lo narró en el hecho 10, que a su vez, fue aceptado por la demandada SERCONTRATOS S.A.S. en la contestación, sumado a la historia clínica derivada de atención de urgencias (Fol. 65) e incapacidad médica desde 04 de abril de 2017 hasta 22 de abril de 2017 (Fol. 73) derivadas de dicho suceso.

Así mismo, se tiene que, es un hecho que no es materia de discusión, que el contrato de trabajo terminó el día 25 de septiembre de 2017, entre tanto, la intervención quirúrgica de rodilla derecha, fue realizada el día 05 de abril de 2018 (Fol. 49-50), con incapacidad médica desde el 05 de abril en adelante según se detalló líneas atrás.

A partir de ese análisis, sin mayor esfuerzo, se vislumbra que, al dar aplicación a la norma aplicable, el IBL sobre el cual se tenía que liquidar la prestación, era el equivalente al promedio de los últimos seis (6) meses, por lo cual, dado que lo discutido es entre abril y agosto de 2018, que es la cirugía realizada en abril de 2018 la generadora de las incapacidades y que el contrato terminó el día 25 de septiembre de 2017, es decir más de seis (6) meses antes, y según lo probado dentro del proceso, el actor permaneció desvinculado laboralmente hasta el reintegro, dable es concluir que no estaba llamado a prosperar la pretensión, como quiera que dicho IBL no podía ser superior al SMLMV dado que no se cotizó valor alguno.

En consecuencia, la Sala de Decisión Laboral confirmará la Sentencia recurrida de fecha 18 y 24 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

Finalmente, al no ser favorable el recurso interpuesto por la parte actora, se condenará en costas de segunda instancia; fijando como agencias en derecho de segunda instancia el equivalente a 1. SMLMV.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada de fecha v, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte actora, fijando como agencias en derecho de segunda instancia el equivalente a 1SMLMV a favor de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belén Quintero G.

NIDIA BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente

José Andrés Serrano M.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Elver Naranjo

ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de enero de 2021.

[Firma]

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 16 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-004-2019-00035-00, promovido por **William Rivera Rojas** contra **Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 31 a 37): Depreca el accionante se declare, que entre él y Julio Parra, dueño y representante legal de la empresa “*Metálicas Julio Parra*” hoy llamada Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S., existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo entre el 24 de mayo de 1982 y 1999 (sic). También, que es beneficiario de la pensión sanción como consecuencia de la omisión en el pago de mesadas pensionales causadas entre los años 1982 y 2006 derivadas del vínculo de trabajo continuo e ininterrumpido. Como consecuencia de ello pide se condene a la sociedad por acciones simplificada, representada por Fredy Orlando Parra Ortiz, al pago de mesadas pensionales comprendidas entre 1982 a

2006 debidamente indexadas, y aportes al subsistema de pensiones desde 1994 a 2006 junto con los intereses moratorios a la tasa máxima prevista en la Ley 100 de 1993; más las costas y agencias en derecho.

Adujo para ello: **1) Que** desde el 24 de mayo de 1982 prestó su fuerza de trabajo a la empresa Metálicas Julio Parra como ayudante de soldadura, en virtud de contrato verbal a término indefinido que estuvo vigente durante 26 años, hasta el 2006. **2) Que** durante dicho espacio temporal la empresa omitió cancelar los aportes al sistema general de pensiones, lo que le impide acceder eventualmente a la prestación económica por vejez. Asimismo, fue intermitente en la cancelación de los aportes en salud. **3) Que** a raíz de la enfermedad que padecía Julio Parra, a quien define como *“propietario y representante legal del establecimiento comercial”*, los herederos, bajo la dirección de su progenitora Trina Ortiz, crearon una nueva empresa en 2014 bajo la misma línea de servicio de la sociedad comercial Metálicas Julio Parra. De modo que, afirma, *“la empresa que inició como persona natural hoy se conoce como CONSTRUCCIONES METÁLICA E INGENIERÍA INTEGRAL C.M.I. S.A.S.”*. **4) Que** ninguno de los herederos ha llevado a cabo actos preparatorios y liquidatorios de la empresa Metálicas Julio Parra, por lo que las obligaciones deprecadas deben recaer sobre la citada sociedad por acciones simplificada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 53 a 62): Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S. se opuso a las peticiones. Negó haber tenido vínculo laboral con el actor, explicando que el establecimiento comercial al que se alude en el libelo genitor es independiente de la persona jurídica nacida en 2014, es decir, con posterioridad a los extremos temporales contenidos en el escrito introductor. Formuló como excepciones de fondo: prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, e improcedencia de reconocimiento de una pensión sanción cuando existen aportes por el tiempo en que estuvo vigente la relación laboral.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, el 16 de septiembre de 2020, absolvió a la pasiva de las súplicas. Advirtió sobre la resolución ínsita de excepciones y gravó en costas al demandante.

Consideró que el demandante no cumplió con la carga procesal que le asistía, relacionada con la acreditación de la prestación personal del servicio en favor de Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S., ni sus extremos temporales, por lo que no surgió en su favor la presunción de que trata el artículo 24 del CST. Recalcó la inviabilidad de aplicar la figura de sustitución patronal porque para 2014 cuando nace la empresa demandada, el actor no tenía contrato vigente pues según su dicho, la presunta relación laboral feneció en 2006; además, tampoco se materializó absorción de una sociedad a otra. Dijo existir contradicción entre las aseveraciones vertidas en el escrito introductor y la prueba recaudada, dado que además de no haber acaecido despido alguno, la demanda debió dirigirse contra los herederos de Julio Parra, quien se acreditó como verdadero empleador durante el espacio temporal perseguido.

RECURSO DE APELACIÓN: La activa impugnó la decisión de primer grado y aspira a que se revoque. Indicó que el despido injustificado se discutió en el proceso con radicado 2013 que instauró frente a la pasiva en procura de obtener el reconocimiento de prestaciones sociales, y en ese expediente se revela que entre 2014 y 2016, debido a la enfermedad de alzheimer padecida por Julio Parra, éste fue representado en todos los aspectos por su cónyuge Trina Ortiz. Afirma que entre Metálicas Julio Parra y Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S., operaron los fenómenos jurídicos conocidos como unidad de empresa y sustitución de empleadores, porque se rigen por el mismo objeto económico y son dirigidas por idénticas personas, tal como lo exige la jurisprudencia nacional y lo revela el histórico de aportes pensionales efectuados.

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

3o. CONSIDERACIONES

Importa destacar que en esta instancia se encuentra por fuera de discusión que el demandante prestó su fuerza de trabajo en favor de Julio Parra y no a Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S., pues desde la presentación del escrito de demanda centró el petitum en *“declarar la existencia de contrato de trabajo verbal a término indefinido entre el señor Julio Parra dueño y representante legal de la empresa Metálicas Julio Parra y el señor William Rivero Rojas como ornamentador desde el veinticuatro (24) de mayo de 1982 hasta el año de 1999”*. Situación que fue aceptada parcialmente por la convocada a juicio, quien reconoció que Rivero Rojas laboró en el establecimiento de comercio Metálicas Julio Parra, pero aseguró desconocer los extremos temporales en que ello ocurrió.

Ante dicho panorama y en consonancia con el recurso de alzada, el problema jurídico consiste en determinar si entre Julio Parra y Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S. existe o no unidad de empresa, que permita radicar en cabeza de ésta última la calidad de empleador sustituto del actor. En consecuencia, si hay lugar o no al pago de mesadas pensionales indexadas entre 1982 y 2006, y aportes al subsistema de pensiones por el interregno comprendido entre 1994 a 2006.

Para resolver, es menester partir del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, cual dispone que existe unidad de empresa cuando se integran diferentes entes naturales o jurídicos, que realizan actividades económicas idénticas, similares o conexas **y que se encuentran ligadas por una dependencia económica**. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 32060 del 31 de agosto de 2010, reiterada en la SL15966 de 2016, indicó que tal concepto propende por impedir la desmejora de la situación del trabajador por conducto de la fragmentación de capital o del tiempo necesario para acceder a prestaciones económicas o beneficios establecidos en la ley o de naturaleza

convencional. Puntualmente, el Alto Tribunal resaltó como inequívoca finalidad de dicha institución jurídico-económica, *“la de evitar que, mediante el expediente de constituir diferentes sociedades dotadas de personalidad jurídica, se oculte o simule la verdadera realidad económica en detrimento del trabajador, a los efectos de hacerla prevalecer, a plenitud, con toda su rica gama de consecuencias jurídicas.*

Y Concluye la Corte diciendo que: *“El efecto jurídico de su declaratoria, por los senderos administrativos o judiciales, es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio del trabajador, con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de prestaciones que sólo están a cargo de una empresa.”* –Se destaca-

Aunado a lo anterior, ha sido reiterativo el órgano de cierre en afirmar que debe constatarse igualmente que las varias personas jurídicas se dediquen a actividades similares, conexas o complementarias de manera disyuntiva, es decir que se puede hablar de unidad de empresa cuando además el objeto social de las sociedades es similar o cuando tienen una relación o conexidad, así como cuando son complementarios.

De otro lado, la sustitución de patronos (hoy empleadores), es definida por el artículo 67 ibídem, como: *“todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro ordinario.* Y, el siguiente (número 68), indica que *“la sola sustitución de patronos no extingue ni modifica los contratos de trabajo existentes”.*

El fin de la sustitución patronal, no es otro que proteger al trabajador de la imprevista e intempestiva extinción de su contrato de trabajo, causada por el cambio de un empleador a otro, cualquiera que sea su causa.

La Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral-, en criterio jurisprudencial de vieja data, ha señalado que para que se dé la figura en mención, es necesario que

se cumplan tres requisitos esenciales, a saber: 1) *el cambio de un patrono (empleador) por otro*, 2) *la continuidad de la empresa* y 3) *la continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo*. (CSJ, Cas. Laboral, Sec., Segunda Sent. Ene. 24/90, Rad 3535 y SL4530 del 11 de noviembre de 2020). El mismo órgano de cierre en sentencia SL 1943 de 2016, señaló que son las circunstancias de cada caso en particular las que determinan si se dan los supuestos legales para la aplicación de la sustitución patronal o sí por el contrario se encuentra excluida.

Ultimó el *A Quo* que no medió unidad de empresa entre **Metálicas Julio Parra** (*sic*) y Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S. por ausencia de absorción de una sociedad respecto a otra. Mientras que la censura sostiene que ello sí ocurrió porque **ambas empresas** (*sic*) “*se rigen por el mismo objeto económico y son dirigidas por las mismas personas*”.

Del anterior panorama, diáfano deviene que las aspiraciones procesales de la activa parten de una premisa fáctica errada, cual es asemejar el establecimiento “*Metálicas Julio Parra*” con una sociedad comercial válidamente registrada y con personalidad jurídica para hacerse sujeto de derechos y obligaciones. Yerro en el que también incurre el sentenciador de primer grado, y cuya claridad se torna determinante para resolver apropiadamente el litigio planteado.

Efectivamente, el artículo 515 del Código de Comercio, define al establecimiento comercial como “*un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa*”; aclarando a la par que “*Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales*”. Siendo, entonces, el establecimiento de comercio un conjunto de bienes como tal, refulge nítido que no tiene capacidad jurídica para ejercer derechos, contraer obligaciones ni para ser representado judicial y extrajudicialmente, contrario a lo que sucede con

las **personas jurídicas**, por ejemplo las sociedades comerciales, que sí disfrutaban de tales atributos.

En otras palabras, cuando se hace alusión a *establecimientos de comercio*, quien posee la titularidad de derechos y obligaciones es el empresario que se reputa dueño del conjunto de bienes porque los primeros están impedidos legalmente para contraer obligaciones y resulta jurídicamente inviable perseguirlos por el pago de acreencias laborales como las que aquí se reclaman.

Lo explicado, permite entrever el antitecnicismo jurídico-procesal en que incurren tanto el sujeto activo de la litis como el juez *A Quo*, al asemejar la herramienta de desarrollo de actividades comerciales de una persona natural con una sociedad jurídica constituida legalmente, pues, es claro que en el primero de los casos quien se encuentra legitimado para responder por las acreencias laborales reclamadas por quien dice haber laborado en un establecimiento de comercial, es el propietario del mismo, y en tratándose de empresas comerciales sí existe responsabilidad directa atendiendo a la ficción legal que la reviste de personalidad jurídica.

Empero, más allá de tal yerro, como en últimas los extremos procesales coinciden en que quien fungió como directo empleador fue Julio Parra y comoquiera que bajo la égida del reseñado artículo 194 del CST, la unidad de empresa puede predicarse frente a personas **naturales o jurídicas**, conviene incursionar en el haz probatorio adosado al cartapacio en aras de constatar si dicho fenómeno se materializó o no entre la citada persona natural y la sociedad comercial convocada a juicio.

La testimonial está conformada por cuatro declaraciones rendidas por William Rivera Restrepo, Luis Enrique Marín Niño, Miguel Rivera Rojas y Carlos Enrique Martínez Jiménez. El primero de ellos (**William Rivera Restrepo**), hijo del demandante, contó que su padre laboró en Metálicas Julio Parra desde 1982 (sin especificar día o mes) y lo sabe porque desde muy niño su madre lo llevaba a ese lugar. Explicó que también prestó su fuerza de trabajo en dicho establecimiento

entre 2005 y 2008 como ayudante de pintura y ornamentación, en virtud de contratación directa realizada por Julio Parra, quien fungía como gerente. Aseguró que en ese entonces, Trina Ortiz se encargaba de los pagos y Orlando Parra era jefe de personal. Al interrogante de si conocía qué personas dirigían a Metálicas Julio Parra, respondió que *“siempre ha sido la misma empresa”* argumentando incluso que *“me acerqué en marzo de 2015 y abril de 2016 para que le firmaran la carta de retiro de cesantías a mi padre y firmó Julio Parra que ya estaba convaleciente. Es la misma dirección, el mismo taller y el mismo personal atendiendo”*. Indicó también que Julio Parra falleció en 2017 pero que su progenitor solo trabajó con él hasta 2009, cuando se accidentó y luego de varias incapacidades, le fue reconocida la pensión de invalidez. Precisó luego que el mencionado siniestro laboral realmente ocurrió en 2007; igualmente que entre Julio Parra y la nueva empresa cotizaron en salud y pensión hasta 2016, pero nunca pagaron seguridad social entre 1982 y 2006.

El segundo deponente (**Luis Enrique Marín Niño**) de 71 años de edad, dijo conocer al actor como trabajador de Julio Parra más o menos hasta 2011 o 2012, para quien aseguró también laboró hasta 2014, cuando el demandante ya no pertenecía al personal. Precisó que Metálicas Julio Parra y Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S. son empresas diferentes dirigidas por padre e hijo en forma independiente, y que William nunca prestó servicios a la última. Aseveró que cuando funcionaba Metálicas Julio Parra ni siquiera existía la sociedad por acciones simplificada, y todos conocían a Julio Parra como único y directo empleador. Aclaró que su vinculación fue como trabajador independiente *“por obra”* y que hasta el último pago de 2014 fue cancelado por Julio Parra, quien si bien padecía quebrantos de salud, para esa data estaba estable como jefe.

También se escuchó a **Miguel Rivera Rojas**, hermano del sujeto activo de la relación procesal. Narró que eso –haciendo alusión a Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S.–, siempre lo dirigió Julio Parra, para quien su familiar trabajó desde 1982 hasta 2009 *“cuando tuvo un accidente en Pamplona y le tocó*

salirse”; circunstancia que dice conoce, porque también fue empleado en dicha empresa entre 1992 y 2009 que para esa época dirigían Julio Parra, su esposa Trina Ortíz, Alix Ortíz como secretaria y el ingeniero Orlando como jefe de personal. Afirmó que William se retiró por voluntad propia a razón de la enfermedad padecida que generó la realización de una colostomía. Informó que hasta cuando se desvinculó, siempre lo atendió directamente Julio Parra, quien falleció en 2017 y que hoy en día lo hacen Trina Ortíz y Fredy Orlando Parra. Dijo que ni él ni su hermano fueron trabajadores de C.M.I. S.A.S. porque se entendían directamente con Julio Parra, quien incluso dice, le pagó liquidación en 2009.

El último informador fue **Carlos Enrique Martínez Jiménez**, ingeniero de sistemas de profesión, aseguró desempeñarse desde el 17 de agosto de 2015 como jefe de personal de Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S. Señaló desconocer al demandante y el hecho de si la sociedad comercial en la que labora a la fecha, viene pagando obligaciones que se hallaban a cargo de Julio Parra. Indicó que su jefe directo es Fredy Orlando Parra Ortiz y que conoció a su padre – Julio Parra-, quien falleció en marzo de 2017. Preciso que C.M.I. S.A.S. es una empresa desligada del obitado y que nunca han tenido reclamos de trabajadores respecto a la continuidad de Metálicas Julio Parra. Contó que poseen 47 trabajadores de planta a los que Orlando Parra les paga aportes a salud y pensión.

Como pruebas documentales se encuentran: Resolución No. GNR 234780 del 3 de agosto de 2015 por medio de la cual Colpensiones reconoce pensión de invalidez al actor desde el 27 de agosto de 2009 (fls. 2-5); historia laboral expedida por dicha administradora (fls. 6-7); certificación de histórico de aportes en salud, expedida EPS Saludcoop (fls. 8-10); registro mercantil de Metálicas Julio Parra (fls. 11-13 y 47-49); certificado de existencia y representación de Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S. (fls. 17-19 y 50-52); y comprobantes de pago de incapacidad (fls. 63-65).

Del análisis individual y en conjunto de estos elementos de convicción, en consonancia con lo concluido por el juez *A Quo*, no es posible colegir que entre Julio Parra, en calidad de propietario de Metálicas Julio Parra y Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S. existiese unicidad empresarial en los términos estipulados por la ley y la jurisprudencia. Menos, que para 2014, el demandante tuviera contrato de trabajo vigente con dicha persona natural, cuya continuidad configurara la sustitución patronal deprecada frente a la sociedad comercial encartada.

En efecto, del contenido del registro mercantil que milita de folios 11 a 13 y 47 a 49 del plenario, se extrae que Julio Parra inscribió el **2 de marzo de 1979** como de su propiedad, el establecimiento comercial que denominó “*Metálicas Julio Parra*”, al cual se asignó la matrícula No. 11576, renovada por última vez el 13 de julio de 2016. Tal documento revela como actividad principal de dicho negocio “*fabricación de productos metálicos para uso estructural*”; de naturaleza secundaria “*terminación y acabado de edificios y obras de ingeniería civil*”; y demás permitidas “*otras actividades especializadas para la construcción de edificios y obras de ingeniería civil*”.

Por su parte, el certificado de existencia y representación de Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S. muestra que la empresa fue creada a través de documento privado fechado del **6 de marzo de 2014** y registrada en la cámara de comercio de Cúcuta, el 13 de mayo de 2014, siéndole otorgada matrícula No. 261001 y NIT 900731881-3. Su actividad principal se centra en “*construcción de otras obras de ingeniería civil*”; también se consigna como oficio secundario la “*terminación y acabado de edificios y obras de ingeniería civil*”; y demás servicios permitidos “*otras actividades especializadas para la construcción de edificios y obras de ingeniería civil*” más “*actividades arquitectura e ingeniería y otras actividades conexas de consultoría técnica*” (fls. 17 a 19 y 50 a 52).

Así las cosas, si bien, existe similitud en las actividades de explotación comercial que en vida ejerció Julio Parra a través del establecimiento “*Metálicas Julio Parra*”, de

cara a las desarrolladas por Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S., pues nótese que el objeto principal de ésta última, consistente en la “*construcción de otras obras de ingeniería civil*” coincide con una de las labores complementarias autorizadas al citado empresario. Ello no significa *per se* que dichos entes como persona natural y jurídica, **se reputen complementarios y/o dependientes económicamente**, aspecto determinante para declarar la existencia de la unicidad de empresa en los términos del ya mencionado artículo 194 del CST.

Mírese como el conjunto de bienes denominado “*Metálicas Julio Parra*” fue inscrito formalmente ante la Cámara de Comercio de Cúcuta el **2 de marzo de 1979** y su matrícula mercantil renovada por última vez, el 13 de julio de 2016, estimando su costo en valor de \$1.400.500.000 (fls. 11 a 13 y 47 a 49). Mientras que Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S. tan solo nació a la vida jurídica más de tres décadas después, el 13 de mayo de 2014, con un capital autorizado, suscrito y pagado de \$20.000.000; además, posee su propio establecimiento comercial con identidad disímil al mentado en forma primigenia (fls. 17 a 19 y 50 a 52).

Y es que de ninguno de los elementos de prueba adjuntados al plenario, logra extraerse certeramente que el capital que soportó la creación de la sociedad comercial enjuiciada, proviniera del peculio de Julio Parra, o que éste por medio de ella, pretendiera disfrazar relaciones laborales y/o evadir sus responsabilidades como empleador. Al contrario, obsérvese que los testigos William Rivera Restrepo, Luis Enrique Marín Niño, Miguel Rivera Rojas, quienes afirmaron haber laborado en el establecimiento “*Metálicas Julio Parra*”, incluso como compañeros temporales del actor en las épocas referenciadas en el escrito introductor de demanda, reconocieron al unísono que siempre estuvieron subordinados ante Julio Parra, quien los contrató en forma directa. Dichos que por demás, se acompasan con el contenido de histórico de aportes para pensión y salud en los que dicha persona funge como empleador aportante (fls. 6-10).

En hilo de lo expuesto, es claro que cuando particularmente William Rivera Restrepo y Miguel Rivera Rojas indican que Metálicas Julio Parra y Construcciones Metálicas e Ingeniería Integral C.M.I. S.A.S. “*siempre ha sido lo mismo*”, tal aseveración es abiertamente contraria a la realidad fáctica y jurídico-legal explicada a lo largo de esta providencia. **Primero**, porque se trata de estructuras productivas de naturaleza abiertamente disímil, en tanto que la sociedad comercial, por lo general, se orienta a generar beneficios económicos, mientras que el establecimiento es aquella planta física o herramienta marco de negocios del comerciante; de modo que resulta errado asegurar como lo hizo la activa, que “*la empresa que inició como persona natural hoy se conoce como CONSTRUCCIONES METÁLICA E INGENIERÍA INTEGRAL C.M.I. S.A.S.*”. **Segundo**, las datas de registro ante la cámara de comercio distan por lo menos de treinta años. **Y tercero**, la representación legal de C.M.I. S.A.S. no recae en cabeza de Julio Parra, ni se acreditó que éste, como dueño del establecimiento comercial “*Metálicas Julio Parra*” dirigiera los destinos económicos de dicha empresa.

Así las cosas, refulge nítido la inviabilidad de declaratoria de la unidad empresarial perseguida, suerte que también correrá el aspecto relacionado con la sustitución patronal entre los mismos sujetos, por una simple razón: queda plenamente acreditado que no convergen los elementos esenciales para que sea declarada dicha figura. Nótese que **(i)** no existió cambio de empleador porque se probó que hasta el 2006, data que desde la formulación de la demanda se acepta como de finalización de la relación laboral, la calidad de dador de laborío únicamente recayó en Julio Parra, sin que se hubiese transferido a otra persona natural o jurídica; **(ii)** aun cuando hasta 2016, se renovó la matrícula mercantil del establecimiento de comercio de propiedad del Jairo Parra, su posterior fallecimiento extingue su condición de empresario subordinador; y **(iii)** lógicamente, para el 13 de mayo de 2014 (fecha de inscripción de la sociedad comercial por acciones simplificada) no

es factible predicar continuidad de servicios del actor, porque su vínculo laboral había expirado ocho años atrás.

Bajo dicho escenario fáctico, menos vocación de prosperidad posee los pedimentos de reconocimiento de pensión sanción por *“omisión en el pago de mesadas pensionales causadas entre los años 1982 y 2006 derivadas del vínculo de trabajo continuo e ininterrumpido”*, *“pago de mesadas pensionales comprendidas entre 1982 a 2006 debidamente indexadas”*, y *“aportes al subsistema de pensiones desde 1994 a 2006 junto con los intereses moratorios a la tasa máxima prevista en la Ley 100 de 1993”*, dado que como queda visto, se trata de acreencias derivadas de obligaciones laborales a cargo exclusivamente del fallecido Julio Parra, para cuyo reclamo, mínimamente debió vincularse al trámite en calidad de demandados, a los herederos determinados e indeterminados de aquel. Máxime, cuando desde los hechos de acción se aseveró que *“los herederos, bajo la dirección de su progenitora Trina Ortiz, crearon una nueva empresa en 2014 bajo la misma línea de servicio de la sociedad comercial Metálicas Julio Parra”*. Como tal circunstancia brilla por su ausencia, palmario deviene la necesidad de declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva, como a bien tuvo concluir el operador judicial de primer grado.

No menos importante es advertir que son infundados los reparos efectuados al fallo bajo el argumento de falta de análisis de la demanda presentada por el actor en 2013 (sin que se especificara radicado alguno), del que según dice el extremo activo *“se evidencia que entre 2014 a 2016 el señor Julio Parra estaba enfermo de alzheimer y era representado por su cónyuge Trina Ortiz”*. Esto, porque en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS celebrada el 13 de marzo de 2020, el sentenciador de primera instancia resolvió negar el decreto de la prueba trasladada por considerarla superflua en tanto que en dicho estadio judicial el demandante solo pretendía el reconocimiento de prestaciones sociales. Entonces, como tal aspecto no fue objeto de debate en el transcurso del trámite procesal, ni se incluyó como aspecto de deliberación en la sentencia apelada, menos puede, en atención al debido proceso que asiste a la enjuiciada, rebatirse en sede de segunda instancia.

Como queda visto, es suficiente lo hasta aquí dicho para prohiar el fallo de primer grado, en tanto tuvo por no acreditada la unidad de empresa y sustitución patronal, y en tal línea, se abstuvo de conceder las súplicas.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del CGP, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas al recurrente por resultar desfavorable la apelación. Como agencias en derecho de la alzada se fijarán \$200.000. 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: CONFIRMAR** la sentencia del 16 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta **Segundo: COSTAS** a cargo del actor. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada \$200.000. Líquidense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

José Andrés Serrano M.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 29 de enero de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2019-00231 00
RADICADO INTERNO:	19.039
DEMANDANTE:	FRANCISCO ORLANDO JAIMES BARAJAS
DEMANDADO:	COLPENSIONES y PORVENIR

**MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor FRANCISCO ORLANDO JAIMES BARAJAS contra COLPENSIONES y PROVENIR S.A. radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2019-00231 00, y radicación interna N°19.039 de este Tribunal Superior, a resolver el recurso de apelación interpuesto por parte de la accionada PORVENIR S.A.S. y del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia del 31 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor FRANCISCO ORLANDO JAIMES BARAJAS interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR para que se declare la nulidad absoluta e ineficacia de la afiliación y traslado realizado a PORVENIR S.A., que generó cambio del RPM administrador por el entonces ISS hoy COLPENSIONES al RAIS, en consecuencia, se ordene traslado de aportes cotizados, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos los frutos, intereses, rendimientos causados, condena en costas, aplicación extra y ultra petita

Como fundamento fáctico indicó que, nació el 01 de noviembre de 1995, se afilió al RPM administrado por ISS a partir del 01 de junio de 1976, que en febrero de 1998 recibió información engañosa, ineficiente y no verificada por parte del asesor de PORVENIR S.A., alegando que fue inducido a error al efectuar cambio de afiliación al RAIS, sin asesoría integral sobre proyección del monto pensional, ni implicaciones de dicho del cambio de régimen pensional.

Que realizó su reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 13 de junio de 2019 en ese sentido, la cual dio respuesta negativa el día 17 de junio de 2019 y que el día 13 de junio de 2019 y solicitó a PORVENIR S.A.S la totalidad de pruebas obrantes dentro de la carpeta pensional, incluyendo lo relacionada con el traslado a ese fondo, documental que fue entregada el día 15 de junio 2019.

La demandada COLPENSIONES se opuso a las pretensiones alegando que el actor se trasladó de manera voluntaria al fondo privado y se realizó el traslado de sus aportes, encontrándose ahora en el límite de edad en que no es posible proceder a solicitar un traslado, por lo que propone las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción e innominada.

Por su parte AFP PORVENIR también manifestó oponerse a la totalidad de las pretensiones, afirmando que, no existe vicio alguno que genere nulidad o ineficacia del traslado, invocó aplicación de artículo 1746 del CC y lo preceptuado en Sentencia SU-062/2010, propuso como excepciones, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 31 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“Primero. - *Declarar no probada la excepción de mérito de prescripción, conforme a lo considerado.*

Segundo. - *Declarar la existencia de decisión insita sobre las demás excepciones de mérito propuestas, conforme a lo considerado.*

Tercero. - *Declarar la ineficacia del acto del traslado del RPM al RAIS, administrado por la pasiva PORVENIR S.A., fechado el traslado inicial A PORVENIR S.A, diligenciamiento del 15 enero de 1998, siendo efectivo a partir del 1 de marzo de 1998, folio 3 del plenario, todo conforme a lo considerado.*

Cuarto. - *Condenar Al FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES S.A, y está a recibir en favor del aquí demandante para el fin pensional. El total del monto del recaudo por aportes pensionales hecho por la parte demandante por cotizaciones pensionales a partir del traslado efectivo 1 de marzo de 1998, e incluso con el reconocimiento de los gastos de administración, de que trata el inciso 3 artículo 20 ley 100 de 1993, es decir, devolverá el 100% del total del aporte, con sus respectivos frutos e intereses, y correlativamente OBLIGADA COLPENSIONES S.A., se itera a recibir el aporte y traducirlos en semanas cotizadas por el tiempo que aportó la parte demandante al régimen de AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, a través de PORVENIR S.A, ES DECIR DEVOLVER TODO, INDEMNÉ, lo que se ordena a fin de evitar el perjuicio de la parte demandante en su camino a obtener a futuro el reconocimiento pensional, en el régimen de prima media, todo conforme a lo considerado.*

Quinto. - *Término para el cumplimiento 30 días calendarios a la ejecutoria de la presente sentencia.*

Sexto. - *Condenar en costas a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR S.A, se absuelve a COLPENSIONES, al no haber sido determinante del traslado, conforme a lo previsto en el artículo 365-1 del CGP en conc. Acuerdo PSAA-16-10554 artículo 5 numeral 1, primera instancia, por valor las agencias de 4 S.M.L.M.V cada uno asciende a \$877.803, °° Decreto 2360 DE 2019, la que se incluirá en la liquidación costas por la secretaría.*

Séptimo. - *Ordenar el grado jurisdiccional de CONSULTA así apele COLPENSIONES, artículo 14 ley 1149 de 2007.*

Octavo. - *Las cotizaciones adicionales de existir aportadas por el actor le serán devueltas a él por PORVENIR S.A.”*

2.2 Fundamento de la decisión

El A Quo, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

Que la Sentencia SU 062 de 2010 Corte Constitucional, estableció que quienes, al 01 de abril de 1994, tuvieran mas de 15 años de servicios cotizados, es decir 750 semanas, podrían en cualquier tiempo trasladarse de régimen.

Resaltó el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, que estableció que no tendría aplicación el sistema integral de seguridad social, cuando se menoscabe la libertad, dignidad y derechos de los trabajadores

Que, de conformidad con las pruebas aportadas, al actor, no se le puso en conocimiento para la posibilidad de traslado de administradora en los términos del artículo 97 numeral 1 del decreto 663 de 1993, artículo 16 decreto 662 de 1994, artículo 15 ibidem.

Referenció el artículo 11 del decreto 692 de 1994, 3 del decreto 1161 de 1994, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 100 del año 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para traslados señala 5 años contados a partir de la selección inicial, siempre que no le falte menos de 10 años para cumplir la edad pensión de vejez, salvo que se trate de régimen de transición, lo que da a entender que, sí se puede trasladar en cualquier tiempo.

Que el actor, no es del régimen de transición, para la época del traslado al fondo privado sin posibilidad de pensionarse bajo ese régimen, según el acto legislativo parágrafo cuarto.

Que el artículo 13 del CST, señala que no tiene efectos, actos que atenten contra derechos de trabajadores, en concordancia con artículos 271 y 272 de Ley 100 de 1993 y derechos fundamentales artículo 53 de Constitución Política.

Que, la información que se tiene que dar por parte de los fondos, debe ser completa y no ocultar detalles, en consecuencia, no se prueba que el régimen seleccionado y el fondo elegido para administrar los aportes pensiones, fuera en forma libre y espontánea y sin presiones.

Citó la Sentencia SL 1452 de 2019, entre otras, donde la Corte Suprema de Justicia, señala que la información sobre el traslado está a cargo de las AFP, sobre la ineficacia advierte que cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado, hace un estudio del deber de información a partir de las etapas en que se ha desarrollado.

Sobre las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, indicó que, la administradora debía devolver el 100% del total recibido, usufructos, sumas adicionales, rendimientos causados, de acuerdo al 1746 del Código Civil, manteniendo el capital indemne, otros descuentos de las cotizaciones, que deben ser asumidos por el fondo de pensiones con cargo a su propio peculio, según sentencias SL 1421 de 2019 y SL 4989 de 2018, entre otras.

Adoptó la línea jurisprudencial, de mantener indemne el capital acumulado por concepto de cotizaciones, el total de monto de cotizaciones hechas, para lo cual, también citó el artículo 20 inciso 3 Ley 100 de 1993, respecto al monto de las cotizaciones y el artículo 60 literal b sobre características del RAIS.

Sostuvo que, si bien es cierto, no se prueba dentro del proceso que la pensión del actor estaba en riesgo, con ocasión al traslado, no se conoce cuál es la afectación de un régimen u otro y la incidencia de la decisión, según Sentencia SL 19447 de 2017, esto no incide en la prosperidad de la pretensión.

Declaró no probada las excepciones propuestas, indicó que la buena fe de la pasiva, se presume, según el artículo 83 de la Constitución Política, en atención a que el acto tuvo aval del estado a través de la legislación.

En cuanto a la prescripción, el termino preclusivo, es regresivo y contrario al ordenamiento superior, según principios del artículo 48 de la carta, que señala que la seguridad social es irrenunciable y citó Sentencia SL 5470 de 2014, hilado con el artículo 2 superior; por lo que la pretensión de ineficacia del traslado, es imprescriptible, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia Radicado 68838 de 2019.

Aclaró que, las sumas adicionales, diferentes a los aportes obligatorios por concepto de pensión, debían ser devueltos al actor, porque son un ahorro que le pertenece al trabajador y no debían ser trasladado a COLPENSIONES.

3 DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 PORVENIR

El apoderado de PORVENIR presenta recurso de apelación afirmando:

Indica que el traslado de afiliación se perfeccionó en febrero de 1998, para esa fecha se encontraba vigentes, disposiciones tales como el decreto 663 de 1993 que consagraba un deber general de dar una debida información a usuarios del sistema financiero para tomar decisiones, igualmente el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, norma de seguridad social que establecía que, el traslado se probaba con la suscripción de un formulario de afiliación elaborado por los fondos, con base en el contenido señalado por esa norma y aprobado antes de salir a la luz pública, por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Que dicho formulario, obra en el expediente, manuscrito por el actor y no fue objeto de tacha, por lo cual, debe tenerse en cuenta principios de buena fe y confianza legítima, dado que dicha disposición proviene del legislador en materia laboral y seguridad social, en cumplimiento de lo que se exigía en su momento se conservó, como prueba única para acreditar un debido traslado.

Que, si bien es cierto, la Sentencia se sustenta con jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, debe anotarse que la misma tuvo su origen en el año 2008 en adelante y fue con esa jurisprudencia, que señala que para el año 2008 se debía cumplir con una serie de cargas informativas, que en realidad no existían.

Dicha jurisprudencia, lo que hace es caracterizar o puntualizar lo que se debía hacer en el año 1998, lo que es un absurdo de cumplir por cualquier fondo de pensiones en su momento.

De igual manera, señala que, el juez fundamenta la decisión en la inversión de la carga de la prueba, que es imposible de cumplir, por lo antes manifestado.

Que se solicitó al despacho hacer uso del principio de la sana critica para valorar las pruebas del expediente y apartarse de esa doctrina probable de la Corte lo cual se puede hacer, siempre y cuando se justifique la decisión, lo que no ocurrió, por lo cual se solicita al Tribunal Superior Revocar con base en dichos motivos.

Ahora bien, si no es de recibo la petición, solicita al Tribunal, considerar en lo que respecta a la condena de asumir con el propio capital del fondo las posibles mermas que haya sufrido el capital pensional de conformidad con el artículo 963 del Código Civil y que se haga devolución de cualquier otra suma de dinero que genere merma en el capital, la cual considera debe ser revocada, porque el sustento jurídico del fallo, es la figura de la ineficacia, que lo intenta es dejar sin efecto el acto jurídico del traslado, desde su origen.

En consecuencia, no se entiende, como se ordena dejar sin efecto ese acto y a su vez, se ordena la devolución del rendimiento del capital sin reconocer los gastos en

que incurrió el fondo, para generar el rendimiento sobre ese capital adicional, representado en los rendimientos financieros, lo que resulta inequitativo.

Igualmente, dicho artículo, habla sobre las concesiones mutuas, que es el que sirve de fundamento para la condena que realiza el despacho, pero adicionalmente el artículo 964, que versa sobre lo mismo, establece en el inciso final, que, en toda restitución de frutos, se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos.

Que esos gastos en que se ha incurrido, están reconocidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que señala que el 3% de la cotización de pensiones debe ser para gastos administrativos.

Que los gastos de administración, no son otros que remunerar el servicio prestado por el fondo, sobre el rendimiento del capital pensional, que la naturaleza de esa afiliación, en el fondo es un contrato de mandato y el objeto es que se administre la cuenta de ahorro individual y se generen unos rendimientos financieros, que el mandato se cumplió, tanto así que se ordena trasladar los rendimientos financieros.

Que dicho contrato en virtud 2142 y 2143 del Código Civil, es de carácter oneroso, es decir, que debe ser remunerado, mas cuando se cumple con el propósito del mandato que es la generación de rendimientos.

De igual forma, se remite al Tribunal, el concepto de la Superintendencia Financiera del Colombia, ente rector el sistema financiero, 2019152179-003-000, que trata de los efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, donde analiza el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, que se encuentra compilado en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1873 de 2016, que establece la forma en que se deben hacer el traslado de los recursos del RAIS al RPM, dicha disposición, señala que se debe trasladar el capital y rendimiento financiero y no los gastos de administración, por lo mencionado.

Se considera que, de obligarse a retornar los gastos de administración, se generaría un enriquecimiento sin justa causa a COLPENSIONES, debido a que el servicio fue efectivamente prestado y el capital no ha padecido merma alguna, por cuanto se ha generado un rendimiento, que siempre va a ser mayor que el generado en el RPM.

De otra parte, manifiesta que no se puede considera la prima de seguros como otra merma, cuando realmente es otro gasto de administración, que es obligatorio para operar, con una gravedad mayor, que en este caso es un servicio prestado por un tercero que es la aseguradora, que cubre los riesgos de invalidez, vejez y muerte, prima que ya se consumió, por lo tanto, ese dinero, no lo recibió el fondo, sino un tercero, no se entiende como se ordena restituir un valor que no se tiene.

Sobre las costas y agencias en derecho, se fijan en 4 SMLMV, considero que, de conformidad con el CGP la fijación ya no se realiza en la sentencia y lo que se debe hacer es en un auto del despacho, susceptible de recurso, que ahí es donde se puede cuestionar la decisión, no obstante, como se hace en la sentencia, existe la necesidad de pronunciamiento al respecto en el recurso.

Que, sobre el particular, 1) la línea jurisprudencial es clara, 2) es un asunto muy decantado, 3) no hubo prolongación, ni practica de pruebas exhaustivas, por lo tanto, considero que la suma de 4 SMLMV es excesiva.

Que, para fijar dicho monto de salarios mínimos, apela a criterios diferentes a los contenidos en el acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura para la fijación de este concepto, cuyo criterio es la naturaleza del asunto, duración del proceso, dificultad tenida, por lo cual, debía ser fijada en 1 SMLMV.

4 ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado del demandante solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, por estar acreditado que los fondos pensionales no suministraron la información oportuna y completa al afiliado cuando decidió su traslado, lo que incidió en su decisión, pues no aportaron una sola prueba que corroborara el deber de información sobre los efectos del traslado, las modalidades de pensión, diferencias entre regímenes, valor de mesada, limitación para volver a trasladar y ante ello no puede predicarse como válida la afiliación; lo que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es suficiente para acceder a las pretensiones.

- **PARTE DEMANDADA:**

La apoderada de COLPENSIONES señaló que pese al engaño alegado por el demandante, su traslado se realizó de manera voluntaria y autónoma, siendo válido el acto jurídico en el que no intervino esa entidad y agrega que es un deber de los afiliados conocer los riesgos de los traslados y estar debidamente informados según el artículo 1495 del Código Civil y el artículo 4 del Decreto 2241 de 2010, sin que el actor demostrara ejercer este deber. Sobre la carga de la prueba señala que la inversión no exime al solicitante de demostrar situaciones como por qué permaneció 10 años en el régimen aceptando en silencio los efectos del traslado, evidenciando una falta de diligencia del actor para solicitar oportunamente su traslado y buscando liberarse de su carga probatoria. Agrega que existe falta de legitimación en la causa por pasiva en su contra al no ser la llamada a responder por las pretensiones, pues no debía brindar asesoría o engaño al solicitante para ejecutar su traslado. Concluye que los traslados por vía judicial afectan la estabilidad del sistema pensional y contravienen el límite legal para efectuarlos.

El apoderado de PORVENIR S.A. solicita revocar la sentencia de primera instancia, ratificándose en los hechos y fundamentos de derecho expuestos inicialmente; indica que las pruebas no desacreditan que se brindó una asesoría adecuada a los requerimientos legales de la época del traslado; que conforme a la providencia SL19447 de 2017 la nulidad de traslado exige que se configure una lesión a los derechos pensionales y esto tampoco se demostró. Que la entidad informa debidamente a sus afiliados sobre las características del RAIS, incluyendo el envío de informes trimestrales y de campañas de comunicación como en 2004. En todo caso, señala que sobre las restituciones mutuas no comparte que se ordene a su totalidad, pues legalmente le corresponde mantener lo invertido para que se generaran frutos como es el concepto de gastos de administración y los descuentos legales que se destinan a financiarlos, siendo esta una orden que no tiene en cuenta las diferencias entre ambos regímenes y desconoce el trabajo de la entidad para generar rentabilidad, circunstancia que ha sido reconocida por la Superintendencia Financiera en concepto de 2019 derivado de una adecuada interpretación legal, por lo que si se mantiene esta orden se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa en detrimento de su actividad como administradora.

5 PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6 PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

Los problemas jurídicos puestos a consideración de esta Sala es el siguiente, a partir de los fundamentos del recurso incoado, se resumen de la siguiente manera:

- 1) ¿Determinar si era procedente declarar la ineficacia del acto del traslado del señor FRANCISCO ORLANDO JAIMES BARAJAS del RPM administrador por el ISS al RAIS administrado por PORVENIR S.A.?
- 2) ¿Era procedente como consecuencia de lo anterior, ordenar la devolución del total del monto recaudado por aportes pensionales realizados por el actor, incluido los gastos de administración, con su respectivo rendimiento, incluido primas de seguro y demás conceptos con destino a COLPENSIONES?
- 3) ¿Determinar si era procedente condenar en costas a PORVENIR S.A. por valor de 4 SMLMV a favor de la parte actora?

7 CONSIDERACIONES:

Procede la Sala entonces a abordar los problemas jurídicos suscitados, a partir de los argumentos expuestos en la apelación incoada por PORVENIR S.A. de conformidad con el principio de consonancia de que trata el artículo 66A del C.S.T, y a su vez, del Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, como quiera que es una sentencia adversa a COLPENSIONES

Desde esa orbita, respecto al **primer problema**, el eje central del debate, fue la ineficacia del acto de afiliación y traslado del actor al RAIS, administrado en su momento por AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., generado mediante la suscripción de la formulación de afiliación No. 026864, radicado el día 26 de enero de 1998 (Fol.3), perfeccionado a partir del día 01 de marzo de 1998, que ha estado vigente hasta la fecha (Fol. 32, 135), por considerar que, en dicho acto, medió un incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora de fondo pensional hoy PORVENIR S.A., pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

En ese sentido, al abordar los reparos elevados por el recurrente, en principio se tiene que, existe inconformidad sobre línea jurisprudencia aplicada por parte del A quo y la exigencia de la carga de la prueba referente a la demostración de la adecuada información al actor, ha de señalarse desde ya, que ésta Sala de Decisión Laboral, no encontró yerro en el proceder del A quo.

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

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

denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa

De lo anterior, se infiere, sin lugar a equívocos que, tanto en la ley sustancial, como en la jurisprudencia en cita, se prevé como exigencia para que proceda la afiliación o traslado del RPM al RAIS, que esté presente la manifestación libre y voluntaria, con suficiencia en la información suministrada, capaz de erigir un consentimiento informado, lo que en el caso concreto, no puede afirmarse, dado que no obra dentro de expediente, prueba que acredite que la AFP demandada, ilustró cabalmente al actor, sobre el alcance y las implicaciones a favor o en contra de su decisión.

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 del 24 de marzo de 1994, exigían de éstas, cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

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

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

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

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

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el*

traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”, de manera que “si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo” el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

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

Igualmente, la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en reciente Sentencia SL2970-2020, que a su vez, ratifica lo dicho en sentencias CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019, ha señalado que, las Administradoras de Fondos de Pensiones, como actores en el sistema de seguridad social, son quienes desde un principio han estado sometidos a reglamentaciones, restricciones y deberes propios de las actividades que ejecutan, al estar inmersos en la prestación y/o administración de un servicio público obligatorio, que está bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según el artículo 48 de la CN.

También señaló la HCSJ en dicha Sentencia, al analizar el principio de transparencia en la elección, que el deber de garantizar la afiliación libre y voluntaria, ha sido más riguroso con el transcurrir del tiempo, como quiera que ha ido variando su concepción, pasando del «*deber de información necesaria*» de los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; 97-1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, al «*de asesoría y buen consejo*», de los artículos 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, y «*finalmente al de doble asesoría*» de la Ley 1748 de 2014, artículo 3° del Decreto 2071 de 2015, la Corte ha señalado que los jueces laborales deben evaluar el cumplimiento del mismo «*[...] de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido*».

En consecuencia, no es de recibo el reparo relativo a la carga de la prueba, como quiera que, no recae para estos asuntos en el demandante, pues éste, no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, dado que, para alcanzar sus pretensiones AFP hacerlo, cosa que no ocurrió en el caso concreto dada la orfandad probatoria en ese sentido.

Igualmente, es menester señalar que, indistinto de lo afirmado en el recurso, lo dicho en la jurisprudencia en cita, referente a las diferentes etapas de exigencia respecto a la información a suministrar a los afiliados, no es una simple “*caracterización*” como lo quiere hacer ver el deponente, vas más allá, en el entendido que evidencia desde la situación fundacional de la legislación aplicable a la materia, se exigió el *deber de información necesaria*, vigente en el año 1998, cuando tuvo lugar el traslado que nos ocupa, sin embargo, no se logró probar en el proceso que se satisfizo dicha exigencia, en consecuencia, no hay razones suficientes que permitan a ésta Sala de Decisión encontrar yerro alguno por parte del A quo al aplicar a cabalidad la doctrina sentada por parte de la HCSJ, concluyendo además, que no existía en su momento, ni existe merito ahora, que permitan apartarse de tal precedente.

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

Así las cosas, no podía el A quo adoptar un camino distinto que el de declarar la ineficacia de la afiliación y traslado perfeccionado en RAIS y como consecuencia, ordenar el retorno al RPM en cabeza de COLPENSIONES, por lo cual, la decisión del Juez de primera instancia, se considera acertada, al encontrar infundada la negativa por parte de COLPENSIONES de afiliarse a la actora, puesta en conocimiento mediante escrito de calenda 17 de junio de 2019, radicado BZ2019_8044438-1728426, bajo el argumento de falta de requisitos legales para acceder a su traslado, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó las condiciones para trasladarse de régimen del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal e). (Fol. 72 y 34), revalidado en la contestación de la demanda.

Por lo tanto, pese a que no apeló, al hacer la revisión en virtud **del grado jurisdiccional de consulta**, se considera que era procedente la declaratoria de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, en consecuencia, ordenar a PORVENIR S.A., devolver los aportes por concepto de pensión y a COLPENSIONES, recibirlos y traducirlos en semanas cotizadas para efectos pensionales a favor del actor.

Al abordar el **segundo problema jurídico**, en lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente sobre el monto a devolver, el cual, consideró el A quo, debía ser indemne, incluido la totalidad de gastos administrativos y frutos rendidos adicionales al capital percibido, avizora la Sala que fue acertada esa condena, a pesar del argumento del recurso, por medio del cual se pretende enrostrar como un error, lo concluido.

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

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

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

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

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

Con todo, tanto el concepto emitido por la Superintendencia Financiera expuesto en los alegatos, como en los demás argumentos vertidos en la sustentación del recurso de alzada por parte de PORVENIR S.A., no resultan relevantes, frente a la obligatoriedad que le asiste a la AFP de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación, fue ineficaz.

Por último, respecto del **tercer problema jurídico** planteado, en lo que respecta a las costas procesales, materia de inconformidad por PORVENIR S.A., debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cuál es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto fue vencida, a su cargo deberán imponerse las costas; así mismo, en lo referente al monto es necesario agregar que no es esta la oportunidad procesal para pronunciarse al respecto, dado que el numeral 5° del artículo 366 señala que *“la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*.

Conforme a lo anterior, la Sala confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia proferida el 31 de julio de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta y al no prosperar el recurso de apelación propuesto, se condenará a la demandada PORVENIR S.A. en costas de segunda instancia, fijando como agencias en derecho a favor de la parte actora el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

8 DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

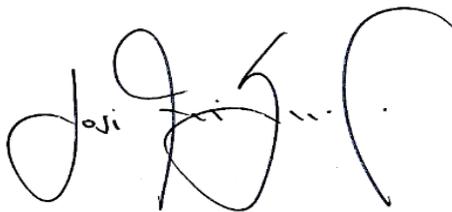
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 31 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la demandada PORVENIR S.A., Fijense como agencias en derecho, a favor de FRANCISCO ORLANDO JAIMES BARAJAS, el equivalente a 1 salario mínimo mensual legal vigente.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de enero de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se surte el grado de jurisdicción de consulta de la sentencia del 23 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-004-2019-00301-00, promovido por **Sandra Sofía Chacón Sierra** contra **Colmudanzas Internacional E.U.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 37 a 43): Depreca la accionante se declare, que sostuvo una relación laboral regida por un contrato de trabajo con la convocada a juicio, desde el 1° de octubre de 2009 hasta el 31 de mayo de 2018. En consecuencia pide sea condenada la pasiva al pago de reajuste de trabajo suplementario (horas extras, trabajo nocturno, dominicales, festivos y compensatorios); de prestaciones sociales causadas, tales como auxilio de cesantías, intereses a éstas y prima de servicios. Sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y por no pago de 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 de la demandada en virtud de contrato de trabajo celebrado en forma verbal, encargándose del mantenimiento de oficinas y sus áreas comunes donde funcionaba la empresa, esto es, Avenida 7A No. 3N-01 del barrio Sevilla de Cúcuta. **2) Que** recibía órdenes directas de Juan Carlos y Jorge Luis Pinzón Ramírez, en sus calidades de gerente y subgerente de la sociedad enjuiciada. **3) Que** desde el 1° de octubre de 2009 laboró doce horas durante tres días a la semana, pero desde ese mismo mes (sic) prestó su fuerza de trabajo con la misma intensidad horaria pero durante los siete días de la semana; y que desde agosto de 2014 y hasta la data de finalización de la relación laboral -31 de mayo de 2018- volvió a laborar bajo la modalidad primigenia (tres días a la semana por espacio de doce horas). **4) Que** la retribuían con \$20.000 y nunca se cancelaron aportes a la seguridad social integral. Tampoco percibió liquidación al momento de su retiro por despido indirecto. **5) Que** sufrió quebrantos de salud con ocasión a lesión en su rodilla derecha, y fue intervenida quirúrgicamente el 23 de noviembre de 2017, siéndole prescrita incapacidad por sesenta días, que su empleador no reconoció. **6) Que** luego de la cirugía los contratantes (sic) empezaron a evadirla pese a que siempre cumplió con sus labores. Dice que justificada en el impago de tres meses de trabajo, acudió al Ministerio del Trabajo en procura de obtener de percibir las acreencias adeudadas, lo que no fue posible por inasistencia de los citados.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA: Pese a hallarse debidamente notificada (fl. 54), la pasiva, omitió pronunciamiento.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, el 23 de septiembre de 2020, absolvió a la demandada y gravó en costas a la actora.

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 del CST.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: No fueron presentados por ninguno de los sujetos procesales, aun cuando 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 o no 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 de la encartada.

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.

Analizado el caso, se tiene que la demandante afirmó haber estado vinculada a la pasiva a través de contrato de trabajo a término indefinido entre octubre 1° de 2009 y mayo 31 de 2018, cuando fue despedida indirectamente. Esto lleva a auscultar el acervo probatorio para determinar en un primer momento si tal circunstancia en efecto se acreditó, para luego si así fue, establecer si existen rubros de índole laboral pendientes de sufragar, que a la par conllevan a la imposición de las sanciones resarcitorias deprecadas.

Como pruebas históricas se cuenta con el testimonio de **Julio César Noguera Velandia**, estudiante y comerciante de 25 años, que afirmó conocer a Sandra Sofía Chacón Sierra hace aproximadamente 5 o 6 años porque atendía en un local de la empresa “Envía” a través de la cual él despachaba la mercancía de calzado objeto de su negocio. Contó que la estructura física a la que alude estaba ubicada por la Avenida Sevilla de la ciudad y que la demandante siempre se encontraba allí, tanto así que *“iba, dejaba el paquete, y ella me decía pase más tarde”*; explicando que luego de eso *“recogía la factura y le pagaba la plata que siempre eran \$6.000, \$10.000 o \$12.000”*. Dijo inicialmente desconocer la fecha en que dichos hechos ocurrieron, pero a la postre, recordó que para tal data estaba iniciando su carrera profesional y en virtud de ello precisó que las visitas al referido local se dieron *“como en el año 2015”*. Expresó que la última vez que pasó por el lugar *–sin especificar día, mes o año–* lo vio cerrado. Contó que cuando conoció a la actora ya estaba trabajando pero no sabe desde cuándo inició a prestar su fuerza laboral; tampoco, el tipo de contrato con el que se le vinculó; el salario devengado o dineros extra percibidos; quién le suministraba órdenes o la subordinaba. Reiteró que siempre hizo uso de los servicios de la empresa “Envía” y por tanto, ignora si en dicho espacio también operaba la sociedad Colmudanzas Internacional E.U. y si Chacón Sierra trabajaba para ésta. Manifestó desconocer si aquella fue despedida, advirtiendo además que nunca tuvo idea de si le pagaban o no prestaciones sociales. Finalmente refirió que solo hasta el desarrollo de la diligencia judicial, conoció al representante legal de la pasiva.

La documental está conformada por piezas correspondientes a certificado de existencia y representación legal de Colmudanzas Internacional E.U. (fls. 4-5); liquidaciones efectuadas por la activa (fls. 6-7); citación emanada del Ministerio del Trabajo y acta de inasistencia a audiencia de conciliación (fls. 8 a 10); e historia clínica de la demandante (fls. 12 a 35).

Del estudio del cúmulo probatorio, ninguna conclusión diferente a la que arribó el Juez *A Quo* se puede tener 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.

En efecto, es claro que el único deponente escuchado desconoce en su totalidad las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el supuesto contrato de trabajo. Ninguna información brindó sobre los extremos temporales afirmados en el escrito introductor, las labores desempeñadas, el horario en que se cumplieron las funciones de *“mantenimiento de oficinas y sus áreas comunes donde funcionaba la empresa”* que se aseveran en el escrito introductor, la existencia o no de remuneración de los servicios prestados, y/o pago de prestaciones sociales. Nótese como incluso el deponente fue preciso en indicar que en el local comercial en el que fue atendido en varias oportunidades por la demandante, solo funcionaba una extensión de la empresa *“Envía”* cuyos servicios de transporte siempre utilizó; advirtiendo ignorar si en el mismo lugar también funcionaba *“algo de mudanzas”*, que es en últimas el objeto social de la convocada a juicio.

De lo anterior refulge nítido que aun cuando el testigo sí presencié al extremo activo ejercer actividades dentro de un espacio físico, nunca estuvo relacionado directamente con su rol laboral en sí, pues ni siquiera le consta si quien facturaba sus envíos era o no Sandra Sofía, en tanto que únicamente se limita a indicar que *“iba, dejaba el paquete, y ella me decía pase más tarde”*. Es más, lo que se infiere de su dicho, es que la demandante trabajaba para una sociedad comercial distinta a la demandada, que identificó como *“Envía”*.

Es prudente también precisar que aun cuando en diligencia celebrada el 23 de septiembre de 2020, entre las pruebas decretadas a favor de la activa se incluyeron otros tres declaraciones, de Flor María Peñaloza Cárdenas, Manuel Orlando Bastos Contreras y Ángel Alberto Quintero Iriondo (fl. 42), los mismos no fueron recepcionados por negligencia achacable a la activa. Con el agravante de que el interrogatorio de parte al demandado, tampoco fue practicado porque no se solicitó.

De modo que como ninguna de las probanzas logra acreditar la prestación personal de sus servicios a favor de la encartada. **Primero**, porque los documentos arrimados, en su mayoría, solo hacen referencia a condiciones de salud experimentadas por la accionante entre 2015 y 2018. **Y segundo**, el único declarante escuchado ignora aspectos básicos y necesarios para inferir que de dicha situación laboral se benefició directamente Colmudanzas Internacional E.U. 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 de convicción 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 23 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta **Segundo:** Sin costas en esta instancia.

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. 005, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 29 de enero de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2014-01108-01
RADICADO INTERNO:	18.794
DEMANDANTE:	JORGE EDUARDO MORA TORRADO
DEMANDADO:	E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE OCCIDENTE

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario Laboral instaurado por JORGE EDUARDO MORA TORRADO contra E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE OCCIDENTE, con radicación única 54-001-31-05-001-2014-01108-01 y radicado interno No 18.794, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra la sentencia del 20 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

JORGE EDUARDO MORA TORRADO, interpuso medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE OCCIDENTE para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 4 de octubre de 2004 al 15 de septiembre de 2010 en el cargo de vigilante y oficios varios, terminado por causa imputable al empleador; para que en consecuencia, se ordene el pago de \$900.000 por concepto de salario, más horas extras, recargos dominicales y festivos, prima de servicios, vacaciones, cesantías, intereses a cesantías, prima de vacaciones, prima de navidad e indemnización por despido injusto así como indexación de los valores a reconocer.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, señaló que el señor MORA TORRADO prestó servicios como vigilante de la E.S.E. demandada en el Municipio de Cáchira, Norte de Santander, entre el 5 de septiembre de 2004 y el 15 de septiembre de 2010, ejecutando turnos de 24 horas todos los días de la semana y con total disponibilidad de tiempo, estando afiliado mediante cooperativas de trabajo asociado. Que le fue terminada su vinculación de manera injustificada y arbitraria, sin indemnización o justa causa, y se le vinculó indebidamente pese a ser funciones propias de su giro ordinario, sin que le cancelaran sus derechos prestacionales debidamente.

La demandada E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE OCCIDENTE contestó señalando que el actor estuvo vinculado en el año 2004 mediante contrato de prestación de servicios y de 2005 a 2010 mediante las cooperativas INTEGRADAS y COOMPRESAN, que no hubo despido sino terminación del contrato suscrito por las partes. Señaló, que la actividad del actor estuvo sujeta a los parámetros legales de las cooperativas y cancelando los conceptos legales correspondientes. Se opuso a las pretensiones por estimar que no se suscitó una relación laboral y se propusieron como excepciones la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y PRESCRIPCIÓN.

Mediante auto proferido en audiencia del 22 de junio de 2017, el Juzgado Quinto Administrativo de Cúcuta declaró la falta de jurisdicción y remitió el proceso a la Jurisdicción Ordinaria Laboral; siendo admitido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en auto del 5 de julio de 2017, donde ordenó la integración de las COOPERATIVAS INTEGRADA y COEMPRESAN

La COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO – INTEGRADAS CTA señaló que la vinculación del actor con ella se dio entre 2009 y 2010 de manera voluntaria en calidad de socio cooperado, debiendo demostrar el demandante que lo ejecutado realmente correspondía a un contrato de trabajo pues se desarrolló en cumplimiento de los decretos reglamentarios. Se opone a las pretensiones y propuso como excepción la INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL.

La COOPERATIVA COEMPRESAN se notificó mediante curador ad litem, quien contestó a la demanda que no le constaban los hechos y que correspondía al demandante demostrar la existencia de un contrato de trabajo.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

2.1. Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del 20 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, que absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas por la parte demandante y lo condenó en costas.

2.2. Fundamento de la decisión apelada

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

- Que el litigio se centra en determinar si entre el actor y la ESE HOSPITAL REGIONAL OCCIDENTE, existió un vínculo laboral dentro del periodo comprendido octubre 5 del 2004 a septiembre 15 del 2010 y si en virtud de éste, proceden los reconocimientos prestacionales reclamados en la demanda, a lo que se opone la demandada por señalar que la vinculación no fue de carácter laboral, sino a través de Cooperativas de Trabajo Asociado.

- Reseña como material probatorio los documentos aportados por el actor: agotamiento de vía gubernativa, oficio de respuesta del hospital

negando las pretensiones, comunicación del año 2009 suspendiendo por tomar permiso sin previo aviso y acta de conciliación extrajudicial.

- Y los aportados por la parte demandada: contrato No. 0047 suscrito entre el hospital y el actor del año 2004 por prestación de servicios, contrato No. 010 suscrito entre el Hospital y COOEMPRESAN, contrato No. 37 y No. 32 con la misma empresa y acta de terminación de este último, contrato No. 50 suscrito entre la ESE y Cooperativas Integradas.

- Refiere las declaraciones testimoniales rendidas por los señores Edgar Alonso Rosileni Florez y Alberto Becerra Mantilla, quienes afirmaron conocer al actor por ser del mismo pueblo, ser vecinos del hospital y a su vez que les consta, que este se desempeñó como celador del hospital entre los años 2004 y 2010, pero sin conocer bajo que contrato o modalidad de pago, agregando ambos que le hacían turnos con permiso y pagados directamente por el gerente y que el actor salió en el año 2010 por política.

- Definiendo las particularidades del contrato de trabajo, manifestó que quedaron demostrados al plenario los contratos suscritos entre la ESE y las Cooperativas vinculadas, pero no se trajo prueba que indicara que el demandante fuera trabajador asociado a las mismas, de manera que sí está demostrada la prestación de servicios del actor al hospital pero no está probado de manera idónea y legal los extremos laborales que se alegan en la demanda, pues los testigos señalan 2004 y 2010 pero de manera genérica.

- Explicó, que al Juzgado no le es posible hacer suposiciones sobre los extremos laborales pues deben estar plenamente comprobados, y tampoco está probado el verdadero salario devengado por el actor pues no se aportó nómina o prueba alguna; de manera que concluye demostrada la prestación del servicio, no demostrado el salario y sobre la subordinación, explica que no se logró acreditar de manera certera algún acto de la demandada que permita identificar su existencia, por lo que absuelve al Hospital demandado de las pretensiones en su contra.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

Apelación parte demandante

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, argumentada así:

- Que las conclusiones del despacho riñen con los principios del derecho laboral, pues con el trabajador como parte débil de la relación laboral, no tiene la carga de la prueba que le fue impuesta en la sentencia, pues el artículo 24 del CST consagra una presunción fundamental una vez acreditada la prestación personal del servicio y este elemento fue claramente aceptado en la sentencia, de manera que correspondía al demandado desvirtuar que la vinculación se dio legalmente bajo otra modalidad como ampliamente ha explicado la jurisprudencia.

- Que se desconoció el principio de primacía de la realidad al trasladar la carga de la prueba, de manera desproporcionada al trabajador, por exigirle que acreditara horarios o nóminas, por ser documentos bajo el poder de la empresa demandada y su actitud pasiva no debía proceder a la absolución, inclusive en caso de no haber demostrado el salario debía presumirse el mínimo.

- Sobre los extremos de la relación laboral, advierte, que conforme al material probatorio puede identificarse en la reclamación presentada la ESE acepta la prestación del servicio por el tiempo alegado y en el oficio del 25 de octubre de 2013 se señala que la entidad no ha tratado de esconder la vinculación con el demandante aceptando que lo contrató por prestación de servicios en 2004 y mediante cooperativas de 2005 a 2010, no siendo dable aceptar que no se demostraron los extremos pues además los testigos fueron claros y sin contradicciones sobre los extremos, debiendo aplicarse la postura de la Corte Suprema sobre entender probados los años.

- Que tampoco se valoró el documento aportado donde se le suspende por dos días, el cual es claramente indicativo de subordinación pues no fue desconocido o tachado de falso, debiendo haberse demostrado por la demandada que realmente se le vinculó por intermedio de una Cooperativa y sobre esto no se aportó ningún documento que permitiera evidenciar su supuesta afiliación.

- Que conforme a estos argumentos solicita que se acceda a las pretensiones y se ordene el pago de todas las pretensiones sociales reclamadas, con las respectivas indemnizaciones, indexaciones e intereses de mora, teniendo en cuenta la reclamación presentada el 31 de agosto de 2013 para efectos de interrumpir la prescripción.

4. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:** La apoderada del actor solicitó se revocara la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que probada la prestación personal del servicio y con ello se presume la subordinación, lo que se ratifica con las pruebas de llamados de atención aportados y este elemento no fue desvirtuado por la demandada. Se opone también a que se le exigiera la prueba concreta de los salarios cuando debía presumirse el mínimo legal, siendo que en todo caso en los contratos obran los honorarios, cargo, horario y son circunstancias no controvertidas por la parte demandada. Que los testigos fueron claros y precisos sobre la jornada y debió entonces declararse el contrato de trabajo, pues quedó evidenciado el uso indebido de las cooperativas de trabajo asociado, al no demostrar estas un adecuado trabajo autogestionario mediante sus asociados y esta actividad se enmarca en un obrar de mala fe del demandado, que impone la prosperidad de las moratorias solicitadas.

Solicita entonces que se reconozca la calidad de trabajador oficial del demandante, en una relación que finalizó por el impago de salarios y prestaciones a cargo de su empleador, quien siempre fue el ente demandado y no las cooperativas utilizadas para encubrirlo.

- **PARTE DEMANDADA.**

El apoderado de la entidad demandada señala que está conforme con la decisión de primera instancia que negó las pretensiones por cuanto está demostrado que el actor estuvo vinculado mediante contratos de prestación de servicios y cooperativas de trabajo asociado, cumpliendo los requisitos legales y garantizando los derechos mínimos correspondientes. Que los

testimonios son vagos frente a la demostración de elementos de subordinación, pues apenas confirman las labores para las que fue contratado el actor y nada se debatió frente a la vinculación con cooperativas. Que no se demostró con certeza las labores desempeñadas y su ejecución, por lo que nada permite inferir que se generó una relación laboral y se debe tener en cuenta que para la época denunciada los hospitales del país fueron objeto de procesos de reestructuración donde se suprimieron los cargos que eran desempeñados por trabajadores oficiales y se celebraron convenios de asociación cooperativa. Agrega que esto descarta cualquier actuación de mala fe que haga procedentes las sanciones moratorias, pues las actuaciones estuvieron apegadas a los parámetros legales.

La COOPERATIVA DE TRABAJO INTEGRADAS presentó de manera extemporánea sus alegatos de conclusión.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si el demandante JORGE EDUARDO MORA TORRADO acreditó debidamente los elementos configurativos del contrato de trabajo realidad a término indefinido que alega existió con la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE OCCIDENTE del municipio de Cáchira?

7. CONSIDERACIONES:

7.1. Decisión de Fondo

Conforme a lo anterior, el eje central del litigio radica en determinar, primero si las diferentes vinculaciones que el demandante JORGE EDUARDO MORA TORRADO expuso haber tenido para desarrollar labores como vigilante y trabajador de oficios varios en la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE OCCIDENTE del Municipio de Cáchira, sirvieron para desconocer la existencia de un contrato realidad entre las partes y si como consecuencia de éste deben cancelarse las acreencias laborales pretendidas por el actor.

Para el presente asunto, el juez a quo encontró, que si bien estaba demostrada la prestación de servicios del actor en favor de la demandada, no se aportó prueba alguna tendiente a verificar el salario, la subordinación ni los extremos temporales en que se desarrolló la relación laboral siendo insuficientes los testimonios y documentos aportados. Conclusión a la que se opone la parte demandante, quien reclama una indebida valoración probatoria al no aplicar la presunción probatoria en favor del actor y no verificar adecuadamente los extremos acreditados en la documental.

Sobre la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral para resolver este asunto, por tratarse de una controversia derivada de la aplicación del principio de la primacía de la realidad, y atendiendo a que la demandada es

una entidad de naturaleza pública, se afirma que el demandante al desempeñarse en el cargo de vigilante, realizaba funciones relacionados con los servicios generales ante ello se debe considerar un trabajador oficial, conforme a la regulación de las empresas sociales del estado (artículo 194 y 195 de la Ley 100 de 1993, artículo 26 de la ley 100 de 1990) y a la reiterada jurisprudencia sobre el concepto de servicios generales y mantenimiento de la planta (Sentencia SL 36668 de 2011), donde se reitera que *“dentro del concepto de servicios generales a que alude la disposición ya citada, han de involucrarse, a manera solamente de ejemplo, aquellas actividades relacionadas con el aseo, vigilancia y alimentación”*.

Aclarado lo anterior, conforme el artículo 1 del Decreto 2127 de 1945, contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Para que se predique la existencia de un contrato de trabajo debe existir una actividad personal realizada por el mismo trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y, una remuneración o salario; lo anterior conforme a las voces del artículo 2 ibidem.

Por su parte, el artículo 20 de esta norma, subrogado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990, enseña que *“El contrato de trabajos se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción”*, Presunción que admite prueba en contrario y que se complementa con el artículo 3° del decreto que señala que una vez reunidos los 3 elementos el contrato de trabajo no deja de serlo por el nombre, condiciones o modalidades dadas.

Complementando esta teoría, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-20683 de 6 de diciembre de 2017, radicación No. 56.313, en lo referente al principio de la primacía de la realidad y la presunción en favor del trabajador, reitera lo ya expuesto y concreta que quien se abroga la calidad de trabajador debe demostrar al menos dos aspectos: la prestación personal del servicio y los extremos temporales en que afirma haberlo desarrollado, con los elementos de juicio suficientes para convencer al Juez y al tiempo permitir que el demandado tenga información suficiente para ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción, siendo a partir de estas reglas que el juez debe aplicar las respectivas consecuencias jurídicas a la parte que omite su deber procesal.

De otro campo, la teoría general de la carga de la prueba, establece que le corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas (Art. 1757 C.C), principio que se reproduce en otros términos en el artículo 167 del C.G.P. al establecer *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

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

convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes...”, lo cual guarda consonancia con el artículo 167 del C.G.P.

Bajo este marco normativo y jurisprudencial, en los elementos probatorios que ambas partes aportaron al proceso se encuentran:

- Solicitud de conciliación extrajudicial radicada el 25 de abril de 2014 ante la Procuraduría General de la Nación. (Fol. 9-12)
- Constancia de notificación del 12 de marzo de 2014 suscrita por el Gerente de la ESE demandada y el actor, dando respuesta petición impetrada el 31 de agosto de 2013. (Fol. 13)
- Oficio del 25 de octubre de 2013 suscrito por RAUL FERNANDO GARCÍA LOYO como Gerente de la ESE HOSPITAL REGIONAL DE OCCIDENTE, negando la petición de reconocimiento de relación legal y reglamentaria alegando que las vinculaciones de 2004 y de 2005 a 2010 se dieron mediante contratos de prestación de servicios y cooperativas de trabajo asociado legalmente constituidas. (Fol. 14-15)
- Escrito de agotamiento de vía gubernativa suscrito por el actor y radicado ante la demandada el 31 de agosto de 2013. (Fol.16-17)
- Oficio del 5 de agosto de 2009, suscrito por JAIME ALFONSO ROSALES como gerente de la E.S.E. demandada y suspendiendo al señor JORGE MORA TORRADO por 3 días al haberse ausentado sin permiso ni previo aviso de su sitio de trabajo. (Fol. 19)
- Oficio del 1 de septiembre de 2010 dirigido al actor por CLARA INÉS HERRERA PAVA como representante legal de INTEGRADAS C.T.A. notificándole de la suspensión del convenio celebrado con la E.S.E. a partir del 15 de septiembre de ese año. (Fol. 20)
- Constancia de conciliación extrajudicial fallida. (Fol. 21-22)
- Contrato de prestación de servicios No. 0047 suscrito por la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE OCCIDENTE DE CÁCHIRA como contratante y JORGE EDUARDO MORA TORRADO como contratista para prestar servicios de auxiliar de servicios generales (celaduría) por el mes de diciembre de 2004 por valor de \$660.000, suscrito el 1 de diciembre de ese año. (Fol. 79)
- Contrato de prestación de servicios No. 010 suscrito entre la ESE HOSPITAL REGIONAL DE OCCIDENTE y COOEMPRESAN para la prestación de servicios asistenciales y administrativos sobre sistemas de información y servicios de aseo incluyendo la celaduría por un mes a partir de abril de 2007 (Fol. 80-85), en iguales término Contrato No. 037 por un mes a partir de noviembre de 2007 (Fol. 86-96), No. 032 por dos meses a partir de agosto de 2009 y acta de terminación (Fol. 93-96)
- Contrato de prestación de servicios No. 050 suscrito entre la ESE HOSPITAL REGIONAL DE OCCIDENTE e INTEGRADAS C.T.A., en los mismos términos del anterior, por el término de un mes desde noviembre de 2009. (Fol. 97-101)
- Oficio del 17 de marzo de 2010 donde la Personera Municipal de CÁCHIRA remite a la Secretaría de Salud Departamental denuncia interpuesta por el actor contra el gerente de la ESE. (Fol. 168-170)
- Testimonios rendidos por los señores Edgar Alonso Rosileni Flores y Alberto Becerra Mantilla, donde manifestaron conocer al actor por ser vecinos de la E.S.E. y residir en el mismo municipio de CÁCHIRA desde tiempo atrás; sobre la relación laboral demandada, afirmaron que el

actor prestó servicios como celador de 2004 a 2010, que ocasionalmente reemplazaban sus turnos con autorización del gerente y que este les cancelaba estos directamente, sin embargo no tienen conocimiento directo sobre la modalidad de contratación o el salario del actor.

Al respecto de la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación n.º 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, se refiere las facultades del juez recordando que *“no están sometidos a la tarifa legal, como quiera que atendiendo los mandatos previstos en el artículo. 61 del CPTSS, ostentan la facultad legal de apreciar libremente los medios de prueba y así formar de manera libre su convencimiento, atendiendo, eso sí, el principio de la sana crítica, lo que conlleva a que sus conclusiones, mientras no sean descabelladas, queden amparadas por la presunción de legalidad y acierto”* y concluyen que las decisiones se deben fundamentar en los *“elementos probatorios que le merezcan mayor persuasión y credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure la comisión de un yerro fáctico”*

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, el juez a quo concluyó, que si bien estaba acreditada la prestación personal del servicio; no se demostraron los demás elementos constitutivos del contrato de trabajo ni los extremos temporales para imponer una eventual condena. No obstante, esta Sala encuentra como primer asunto a destacar, que desde la demanda se afirma que el origen de la prestación del servicio son órdenes de prestación de servicios y vinculaciones mediante cooperativas de trabajo asociado, situación que fue aceptada por la demandada desde la contestación.

Es necesario destacar, según dispone la Sala de Casación Laboral en providencias como la SL11436 de 2016, que *“en los asuntos en donde se discute la existencia de un contrato de trabajo, el deber del juez no se contrae a observar solamente la forma; es menester auscultar todo el acervo probatorio, para llegar a la verdad real y encontrar, de ser el caso, el contrato realidad, en oposición a un contrato formal, tal como lo instituye el artículo 53 de la Constitución Política, que establece en forma concreta que impera “la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”* y ante ello, asiste razón al apelante cuando señala que una vez acreditada la prestación personal del servicio la carga de la prueba se invierte a cargo de la parte demandada y se constituye en su deber demostrar que la actividad prestada por la demandante fue bajo un esquema de tercerización legalmente ejecutado.

Por lo anterior, en la medida que la misma E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE OCCIDENTE aceptó que el actor le prestó servicios como vigilante pero a través de contrato de prestación de servicios y cooperativas de trabajo asociado, esta debía cumplir con la carga de evidenciar que la actividad de tercerización mediante un contratista cumplió con los parámetros legales; sobre la primera vinculación, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece que solo deben celebrarse por el término estrictamente indispensable y para actividades que requieren conocimientos técnicos o especializados, que justifiquen acudir a mecanismos de contratación pública.

De igual forma, las Cooperativas de Trabajo Asociado son empresas solidarias, en las que los asociados desarrollan personalmente las

actividades propias de su objeto social, a fin de atender las obligaciones comerciales de las cooperativas con sus clientes, en los ámbitos de la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios, según sea el caso, generando trabajo permanente. El desarrollo de las actividades debe hacerse de manera autogestionaria, buscando un ingreso digno y justo en beneficio de los asociados (artículo 1, Decreto 468 /90).

Legalmente las cooperativas están reglamentadas por la Ley 79 de 1988, la cual contempla los aspectos básicos que deben regir el cooperativismo; señalando el artículo 4° que es cooperativa *“la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”*.

Las cooperativas de trabajo asociado, deben ejecutar su objeto contractual con elementos de su propiedad, autonomía administrativa y responsabilidad en la realización de las labores; conforme a los artículos 5 y 6 del Decreto 468 de 1990; en donde se dispone que *“Las cooperativas de trabajo asociado deberán ser propietarias, poseedoras o tenedoras de los medios materiales de labor o de los derechos que proporcionen fuentes de trabajo o de los productos del trabajo”* y que *“La cooperativa de trabajo asociado deberá organizar directamente las actividades de trabajo de sus asociados con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización, características estas que deberán también prevalecer cuando se conviene o contrata la ejecución de un trabajo total o parcial en favor de otras cooperativas o terceros en general”*.

Ahora bien, en el curso del proceso la demandada se limitó a aportar algunos contratos suscritos con las cooperativas COEMPRESAN e INTEGRADAS C.T.A., pero estos solo cubrían escasos períodos mensuales y, como también resaltó el apelante, ninguna prueba obra al plenario que permita establecer si efectivamente el actor era cooperado asociado de estas dos entidades para verificar que los servicios prestados se generaban en función del contrato entre las Cooperativas y la E.S.E.

De esta manera, no correspondía al demandante aportar pruebas sobre la subordinación porque desde el momento en que la E.S.E. acepta que recibió sus servicios personales, esta debía presumirse y le correspondía a la demandada, demostrar con suficiencia que ejecutó modelos de intermediación laboral de manera ajustada a los parámetros legales y no para encubrir una verdadera relación laboral; al no aportarse un acuerdo entre la E.S.E. y las cooperativas que evidencie la entrega de un esquema productivo en autogestión, se incurre en la prohibición del artículo 17 del Decreto 4588 de 2006 de las Cooperativas para actuar como intermediario.

Por lo cual, en ausencia de pruebas que acrediten la adecuada ejecución de convenios de cooperación o de contratos de prestación de servicios, en aplicación del principio de realidad sobre las formas y conforme al Decreto 2127 de 1945, resultaba procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes.

Sobre los extremos, según las pruebas citadas y a diferencia de lo enunciado por el juez, también asiste plena razón al apelante cuando señala que existían suficientes pruebas para acreditar el momento en que inició y finalizó la prestación de servicios; no solo porque los testigos señalaron

concordantemente que el actor ejerció como vigilante del hospital entre finales de 2004 y el año 2010, sino porque estos años y la plena continuidad están aceptados por la demandada en la contestación de la demanda y además las fechas exactas están respaldadas documentalmente.

Conforme el primer contrato de prestación de servicios visto a folio 79, la actividad del actor empezó el 1 de diciembre de 2004 y conforme a la carta vista a folio 20, finalizó el 15 de septiembre de 2010, cuando se le comunicó al actor que no podía seguir prestando servicios en el Hospital mediante cooperativas sino directamente vinculado. Finalmente, al no demostrarse el salario que devengaba el actor, se debe presumir que la remuneración equivale al mínimo mensual legal vigente, en caso de que el actor no logre aportar prueba concreta sobre el valor con que se le remuneraban sus servicios.

Probados como se encuentran en esta instancia la prestación del servicio, la remuneración y la subordinación, así como los extremos; no queda otro camino que revocar la decisión del juez de primera instancia en su integridad y en su lugar, se declarará la existencia de un contrato de trabajo entre JORGE EDUARDO MORA TORRADO y la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE OCCIDENTE entre el 1 de diciembre de 2004 y el 15 de septiembre de 2010, declarando no probada la excepción de inexistencia de la relación laboral.

Conforme a lo anterior, se procederá a analizar la procedencia de las condenas prestacionales solicitadas, previo a lo que se requiere analizar la configuración de la excepción de prescripción propuesta por la demandada; para lo cual se recuerda que conforme a los artículos 488 y 489 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.Y.S.S., los derechos laborales prescriben en 3 años con la posibilidad de interrumpir y reiniciar este término con el simple reclamo escrito del trabajador al empleador. Según lo demostrado, el actor elevó reclamación administrativa ante la E.S.E. el 31 de agosto de 2013 (Fol. 16-17) y por ende, interrumpió la prescripción dejando a salvo los derechos causados antes del 31 de agosto de 2010, pues la demanda fue radicada el 17 de julio de 2014.

Aclarado lo anterior, se advierte que en la demanda solo se solicitaron los siguientes conceptos:

1. Cesantías

Como las cesantías se causan con la finalización del contrato de trabajo, se advierte que al terminar la relación el 15 de septiembre de 2010, estas no se encuentran afectadas por prescripción y procede la condena en su totalidad, que liquidado según cuadro anexo asciende a un total de \$2.576.225.

Año	Salario	Días trabajados	Cesantías
2004	\$ 358.000,00	30	\$ 29.833
2005	\$ 381.500,00	360	\$ 381.500
2006	\$ 408.000,00	360	\$ 408.000
2007	\$ 433.700,00	360	\$ 433.700
2008	\$ 461.500,00	360	\$ 461.500
2009	\$ 496.900,00	360	\$ 496.900
2010	\$ 515.000,00	255	\$ 364.792
			\$ 2.576.225

2. Intereses a cesantías

Al respecto, debe advertirse que esta prestación se causa anualmente y debe pagarse en el mes de enero, se encuentran prescritos los intereses causados de 2004 a 2009 y solo son exigibles los del último año laborado, que ascienden a la suma de \$31.007.

3. Prima de servicios

Al respecto, debe decirse que no procede condena alguna por tratarse de una prestación no consagrada legalmente para los trabajadores oficiales, dado que el Decreto 2351 de 2014 apenas la estableció para los empleados públicos del orden territorial, sin incluir a los trabajadores oficiales.

4. Vacaciones

Debe señalarse que las vacaciones se causan por cada año completo trabajado y son exigibles por el empleado dentro del año siguiente a su causación, de esta manera para el caso concreto son exigibles las vacaciones de los períodos del 1 de diciembre de 2008 a 30 de noviembre de 2009 y del 1 de diciembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010, cuya compensación asciende a la suma de \$452.304,17.

Período	Salario	Días	Vacaciones
01/12/04-30/11/05	\$ 496.900,00	360	PRESCRITA
01/12/05-30/11/06	\$ 515.000,00	360	PRESCRITA
01/12/06-30/11/07	\$ 496.900,00	360	PRESCRITA
01/12/07-30/11/08	\$ 515.000,00	360	PRESCRITA
01/12/08-30/11/09	\$ 496.900,00	360	\$ 248.450,00
01/12/09-15/09/10	\$ 515.000,00	285	\$ 203.854,17
			\$ 452.304,17

5. Prima de vacaciones y de navidad

Conforme al Decreto 1919 de 2002, se hicieron extensivas las prestaciones sociales a los empleados públicos de la rama ejecutiva del nivel nacional a los empleados del nivel territorial; de manera que para el actor sí rigen estas prestaciones consagradas en el Decreto 1045 de 1978; no obstante, se advierte que estos conceptos no fueron incluidos en la reclamación administrativa y por ende, los mismos se encuentra prescritos en su totalidad.

6. Trabajo suplementario

Sobre esta pretensión, es un precedente reiterado en los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que para la procedencia de esta condena “*Es necesario demostrar la real y efectiva prestación del servicio de horas extras o nocturnas para que proceda su reconocimiento*”, no siendo dable acceder a esta condena cuando no se indica claramente desde la demanda ni se demuestra concretamente en el curso del proceso “*qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados*” pues “*no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas*”.

Para el caso concreto del señor MORA TORRADO, no existe prueba que permita determinar cuántas horas de trabajo suplementario pudo haber realizado ni que días específicos se llevaron supuestamente a cabo, por lo que se absolverá a la demandada por este concepto.

7. Indemnización por despido injusto

Acreditado el hecho del despido en la referida comunicación del 1 de septiembre de 2010, correspondía al demandado acreditar alguna justa causa para la finalización del contrato y como nada se señaló en la contestación al respecto, procede la indemnización por terminación imputable al empleador.

Sobre su liquidación, al tratarse de trabajador oficial su vinculación a término indefinido se entiende a plazos presuntivos conforme los artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945, según recuerda la Sala de Casación Laboral en providencia SL4626 de 2019; y como la primera vinculación del actor nació el 1 de diciembre de 2004, contando de a seis meses desde entonces, al finalizar el vínculo el 15 de septiembre de 2010 hacían falta 75 días para terminar el plazo presuntivo vigente y por lo tanto se condenará a una indemnización por \$1.287.499.

8. Indexación

Para evitar la pérdida de la capacidad adquisitiva de los valores reconocidos, y en la medida que no se solicitaron sanciones moratorias en la demanda, se dispondrá ordenar la indexación de las condenas desde su fecha de causación hasta el momento de su pago efectivo.

Finalmente, se condena en costas de ambas instancias a la demandante. Fijense como agencias en derecho de segunda instancia, a favor de la demandada, el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su totalidad la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo explicado en la parte considerativa de esta providencia y en su lugar declarar la existencia de un contrato de trabajo entre JORGE EDUARDO MORA TORRADO y la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE OCCIDENTE entre el 1 de diciembre de 2004 y el 15 de septiembre de 2010.

SEGUNDO: CONDENAR a la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE OCCIDENTE a reconocer y pagar al señor JORGE EDUARDO MORA TORRADO los siguientes conceptos debidamente indexados desde su causación a la fecha de pago:

- a. Cesantías: \$2.576.225.
- b. Intereses a cesantías: \$31.007.
- c. Vacaciones: \$452.304,17.

d. Indemnización por despido injusto: \$1.287.499.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probada la de inexistencia de la relación laboral.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada. Fijense como agencias en derecho en la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belen Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente

José Andrés Serrano Mendoza

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Elver Naranjo

ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 005, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de enero de 2021.

[Firma]

Secretario