REPUBLICA DE COLOMBIA

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-001-2014-00053-00
Partida Tribunal: 18957
Juzgado: Primero Laboral del Circuito de Cúcuta
Demandante: LEVI GUARIN ANGARITA
Demandada (o)s: IMPULSO Y MERCADEO S.A. Y OTROS
Tema: Contrato de Trabajo- Culpa Patronal- Estabilidad Laboral Reforzada-Indemnización por Despido sin justa causa
Asunto: Apelación de Sentencia.

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 14 de febrero de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-004-2014-00053-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 18957 promovido por el señor LEVI GUARIN ANGARITA contra las empresas IMPULSO Y MERCADEO S.A., GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. hoy CENCOSUD COLOMBIA S.A.

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

I. A N T E C E D E N T E S

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare que entre él y la empresa IMPULSO Y MERCADEO S.A. existió un contrato de carácter laboral desde el 2 de octubre de 2007 que continua vigente; en consecuencia, que la demandada le reconozca y pague , los salarios desde el 18 de junio de 2013 hasta el 30 de septiembre de 2013, vacaciones, las prestaciones sociales, aportes a pensión y salud junto con sus intereses, que se declare probado que las demandadas violaron las normas del sistema general de riesgos laborales,

que sufrió el accidente por culpa patronal, que sufrió daño moral y se condene a su pago, que sufrió perjuicios morales por el accidente el 2 de abril de 2008, que fue despedido sin justa causa por motivo de su discapacidad y no se solicitó permiso al Ministerio de Trabajo en consecuencia, se condene al pago de la sanción de los 180 días de salario de conformidad con la Ley 361 de 1997, al uso de las facultades extra y ultra petita y la condena en costas procesales.

II. H E C H O S

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en que suscribió un contrato de trabajo por obra o labor contratada con IMPULSO Y MERCADEO desde el 2 de octubre de 2007 para desempeñar el cargo de publicitador junior en la entidad CARREFOUR-LIBERTADORES CÚCUTA, devengando un salario de $460.432.oo. Que el 4 de abril de 2008 sufrió accidente de trabajo que generó posteriores dolores y secuelas; que el 13 de noviembre de 2008 ASSOT-medicina laboral expidió recomendaciones ocupacionales de no levantar cargas pesadas entre otras; que presentó diferentes diagnósticos médicos desde el accidente según historia clínica aportada; que el 18 de junio de 2013 fue despedido por IMPULSO Y MERCADEO S.A. y por orden judicial de tutela proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cúcuta se ordenó su reintegro laboral transitorio hasta que la justicia ordinaria laboral se pronunciara; que el Juez Tercero Civil del Circuito de Cúcuta modificó la orden y lo envió a la jurisdicción ordinaria; que las empresas demandada son responsables solidariamente de la CULPA PATRONAL por omisión de normas de salud ocupacional.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

IMPULSO Y MERCADEO S.A. contesta la demanda a través de apoderado judicial, niega algunos hechos, otros dicen que deberán probarse, se opone a todas las pretensiones, manifestando que la decisión del Juez constitucional no fue favorable al demandante, que la terminación del contrato el día 18 de junio de 2013 obedeció a una causa justa prevista en la Ley 50 de 1990 como lo fue, la finalización de la labor para la cual fue contratado y de ninguna manera por discapacidad por que los dictámenes arrojaron un porcentaje de PCL de 0. Que la empresa cumplió con todas las normas de salud ocupacional y prevención de accidente de trabajo. Propuso como excepciones de fondo, el cumplimiento de la obligación de afiliación a la ARL, la culpa exclusiva y violación de la prohibición especial por parte del trabajador; el cumplimiento de las normas de salud ocupacional y seguridad industrial, la inexistencia de la obligación, la discapacidad inexistencia del trabajador por el 0%PCL.

CENCOSUD COLOMBIA S.A. contesta la demanda a través de la apoderada judicial de la demandada, niega algunos hechos, otros dicen que deberán probarse, se opone a todas las pretensiones, alegando que nunca suscribió

contrato con el demandante lo cual es imposible el pago de las acreencias laborales pedidas, propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la prescripción, la innominada.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 14 de febrero de 2020 declaró la existencia de una relación laboral entre el demandante Levi Guarín Angarita y la demandada Impulso y Mercadeo S.A. entre el 1º de octubre de 2007 hasta el 18 de junio de 2013. Declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuestas por las demandadas y las absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas procesales al demandante.

El juez A quo fundamentó su decisión en que no existía discusión respecto a la vinculación de carácter laboral del demandante con la demandada IMPULSO Y MERCADEO S.A. ni de los extremos labores; que el vínculo termino por fin de la obra y/o el cumplimiento de la obra contratada; que durante el desarrollo de la relación laboral, el demandante sufrió accidente de trabajo, pero éste fue calificado con 0% del PCL, por lo que, no operó la indemnización por despido en estado de discapacidad; que el 28 de noviembre de 2016 fue calificado por enfermedad común con un 64% de PCL sobre la cual goza de la pensión de invalidez, condición que sucedió meses posteriores a la terminación del contrato; que el espacio entre el 18 de junio de 2013 hasta el 30 de septiembre de 2013, no se ordenaron los pagos de salarios ni prestaciones sociales según lo resuelto en sede constitucional de tutela, solamente se ordenó el reintegro laboral de forma transitoria y el pago a la seguridad social integral; que no existen pruebas que logren certeza respecto a la culpa patronal alegada por el demandante, por lo que, no es procedente acceder a las indemnizaciones reclamadas.

V. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial del demandante presentó recurso de apelación en contra de la anterior sentencia, solicitando que se acceda a la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda y de forma específica, a los derechos que le corresponden al demandante durante el periodo entre el 18 de junio hasta el 30 de septiembre de 2013. Asegura que el Juez A quo omitió la valoración integral de las pruebas, en especial, lo resuelto en las sentencias de tutela, donde el juez de segunda instancia obligó a las demandadas a solicitar el permiso ante el Ministerio de Trabajo como lo dispone el artículo 26 de la ley 361 de 1997, porque los jueces constitucionales encontraron la vulneración de los derechos al determinarse que el actor había sido despedido por la

discapacidad, lo que indica que la terminación del mes de junio fue nula, no produce efectos jurídicos, dándose la orden de reintegro y reubicación, luego entonces, es claro el derecho que le asiste al demandante de sus salarios, prestaciones sociales y pago a la seguridad social, desde el 18 de junio del 2013 hasta el 30 de septiembre del 2013, porque es que el contrato no se rompió.

Que respecto a la estabilidad laboral reforzada, el Juez A quo omitió evaluar que el demandante ingresó a trabajar con las demandadas desde el año 2007, y a los pocos meses sufrió el accidente y desde ese entonces, presentó una serie de secuelas y tratamientos médicos con medicamentos que empeoraron su salud física y mental, que estuvo varias veces hospitalizado y que los dictámenes de las JCI para los años 2009 y 2010 no son válidos porque la existencia del nuevo dictamen que lo invalidó en forma definitiva, todo como consecuencia del accidente padecido; así mismo, manifiesta que las demandadas tenia pleno conocimiento de las enfermedades padecidas y aun así, lo despidieron sin justa causa. Que ninguna de las partes demandas rindieron interrogatorio previamente decretado por el Juez A quo quien además declaró la confesión ficta o presunta, en consecuencia, existe plena prueba respecto a la culpa patronal en la ocurrencia del accidente padecido por el actor que le produjo la invalidez. Que a pesar de que el dictamen señala que la enfermedad es de origen común, la realidad jurídica y fáctica del caso, señala que sí es culpa de la empresa, porque desde el día del accidente, el demandante inició su tratamiento con medicamentos que le empeoraron sus condiciones psiquiátricas.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, **el apoderado judicial del demandante** ratificó lo sustentado en el recurso de apelación, solicitando condenar a las demandadas a las pretensiones incoadas, teniendo en cuenta la confesión ficta.

Concluido el término para presentar alegatos de conclusión, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para decidir el recurso de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001 siguiendo la orientación adoctrinada por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencias de radicado SL4981-2017, SL5159-2018 y SL2010 del 2019 y la Corte Constitucional en la sentencia C-968 de 2003 respecto a los derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador.

Problema Jurídico.

De conformidad con los argumentos expuestos por el Juez A quo y la sustentación de los recursos de alzada, en este asunto no hay discusión que entre las partes se desarrolló una relación laboral regida por un contrato de trabajo escrito que inició el **2 de octubre de 2007**, que la prestación del servicio por parte del señor LEVI GUARIN ANGARITA se efectuó en el cargo de publicitador junior, que devengó un salario mensual de $462.432.oo para el 2007 (fl.9-10) y que la terminación del contrato fue por decisión de la empresa demandada Impulso y Mercadeo S.A. el día 18 de junio de 2013 (fl.134).

De lo anterior, el objeto de la litis se reduce a resolver, si el demandante Levi Guarín Angarita para el momento de la terminación del contrato gozaba de la estabilidad laboral reforzada prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, siendo procedente el pago de los salarios junto con las prestaciones sociales y pago de la seguridad social en pensión y salud desde el 18 de junio de 2013 hasta el 30 de septiembre de 2013 como lo alega el recurrente. Igualmente, determinar si se configuró la culpa patronal por el accidente de trabajo sufrido por el actor el 2 de abril de 2008, en dado caso, es procedente la condena por indemnización plena de perjuicios.

Estabilidad Laboral Reforzada por discapacidad.

Sobre el punto en particular, es menester por parte de la Sala aclarar que mediante fallo de tutela proferido por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cúcuta, transitoriamente se ordenó el REINTEGRO del actor a sus labores en la empresa demandada, de tal suerte que sin perjuicio del estudio sobre el fenómeno de la estabilidad laboral reforzada en cabeza del actor, las pretensiones de la demanda están encaminadas exclusivamente al pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir por el actor, desde la fecha de su despido a la fecha de su efectivo reintegro, junto con el pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1.997.

Como es sabido, la Ley 361 de 1997 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 de Protección Social; 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 Sentencias N.º 32532 de 15 de Julio de 2008, Magistrada Ponente, ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, STL6249 del 3 de mayo de 2015 M.P. Doctor Fernando Castillo Cadena entre otras indicaron en lo pertinente 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°, en tanto, la indemnización de 180 días, 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.

Ahora, de la más reciente sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de radicado No. 67633 SL2586-del 15 de julio de 2020 M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo que ratificó lo dicho en la SL10538 del 2016, se rescata para el estudio pertinente que, en principio es aplicable la libertad probatoria para demostrar la discapacidad del trabajador, es decir, que al no ser pruebas solemnes los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación de la Invalidez, le permite al operador judicial apreciar libremente las pruebas y acoger aquellas que le brinden credibilidad sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso, en atención a lo previsto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; así mismo, indicó que si bien en los contratos de trabajo a término fijo la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo, sólo se tendrá como causal objetiva, si se demuestra la extinción de las causas que le dieron origen al contrato u ocaso de la necesidad empresarial, pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria.

En conclusión, al trabajador le corresponde acreditar que fue despedido para la fecha de la limitación en su salud en los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo, ya que ellas no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función, a la autorización de terminación del vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado o con otro existente

en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales (SL-1360/2018, SL711/2021).

Resuelto lo anterior, al declararse que la terminación del contrato fue por causa de una afectación de salud con grado severa o moderada sin autorización de la autoridad del trabajo, procede el reintegro, con el consecuente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salario consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Caso en concreto.

Así las cosas, se procede a resolver, si para el **18 de junio de 2013**, la empresa IMPULSO Y MERCADEO S.A. OUTSOURCING PARTNERS tenía la obligación de solicitar permiso al Ministerio de Trabajo para terminar el contrato de trabajo al demandante, al encontrarse en discapacidad y gozar de la protección de la estabilidad laboral reforzada.

La sociedad demandada Impulso y Mercadeo S.A. Outsourcing Partners fundamentó su defensa, en que la terminación del contrato obedeció a una causa justa prevista en la Ley 50 de 1990, como lo es la finalización de la labor para la cual había sido contratado.

El Juez A quo avaló el argumento, con fundamento en el documento visto a folio 134 del expediente, suscrito por el empleador el 18 de junio de 2013 que dice:

> "Con la presente me permito comunicarle que su contrato de trabajo termina al finalizar la jornada del día de hoy, de acuerdo con la Ley 50/90 artículo 5, numeral 1, literal d) en razón a que la obra o labor contratada con usted para la empresa beneficiaria ha concluido; en razón a la transacción comercial entre Carrefour y Cencosud, quien contratará directamente a sus trabajadores; en consonancia con lo establecido en el art. 2º del contrato de trabajo suscrito…".

Adicional a lo anterior, respecto a la presunta limitación en la salud del accionante, la demandada Impulso y Mercadeo S.A., señaló que para el momento de la terminación del vínculo, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander dictaminó 0% la PCL del actor por el accidente de trabajo padecido el 2 de abril de 2008, además, que la entidad concluyó que el diagnóstico de protrusión discal L4L5 y L5S1 son derivados de enfermedad común, al no haberse demostrado el riego de la exposición.

Sobre este punto, se hace indispensable señalar que, en el escrito de la contestación por parte de la demandada Impulso y Mercadeo S.A., aceptó la existencia de **tres dictámenes** anteriores a la fecha de terminación del vínculo, esto son:

1) El dictamen No. 1581 proferido por la JRCI de Norte de Santander fechado el 20 de agosto de 2009, que calificó el accidente de trabajo con diagnóstico de lumbago no específico en un 0% de PCL. (fls.148-150).

2) El anterior subió en apelación ante la JNCI, quien mediante dictamen 10937484 del 16 abril de 2010 aclaró que el diagnostico de "*protrusión discal L4L5 y L5S1 no se relaciona con el accidente de trabajo el 2/04/2008*" (fls.151-160).

3) El dictamen No. 2624 del 02 de diciembre de 2010 proferido por la JRCI de Norte de Santander que calificó el accidente de trabajo con diagnóstico de lumbago no específico en un 0% de PCL. (fl.412).

Sin embargo, existen dos valoraciones más, que fueron mencionadas en el dictamen No.162/2017 realizado durante el proceso, y sobre el cual, no se propuso tacha de falsedad; estos dos dictámenes proferidos en instancia administrativa son:

4) El Dictamen No. 3661 del 8 de marzo de 2012 proferido por la JRCI de Norte de Santander, que califica el diagnóstico de lumbago no especificado y otros trastornos especificados de discos intervertebrales con 39.96% de PCL origen de la enfermedad común y fecha de estructuración 20 de enero de 2012.

5) Luego, la JNCI resolvió la impugnación, en la que profirió un nuevo dictamen No. 1093748 del 25 de julio de 2012 por las mismas patologías con origen común con 28.35% la PCL y fecha de estructuración del 20 de enero de 2012.

Por último, ante la inconformidad del origen del evento y por petición de la parte activa, se practicó durante el desarrollo del proceso, el Dictamen No.162/2017 el 28 de febrero de 2017 proferido por la JRCI de Norte de Santander, determinando los diagnósticos de "*lumbago no específico, otros trastornos de los discos intervertebrales, cefalea, otros trastornos mentales, trastorno depresivo recurrente, otros tipos de parkinsonismo secundario*", calificando las enfermedades de ORIGEN COMÚN y con un 69.41% de PCL con fecha de estructuración del 28 de noviembre de 2016**,** esto último, teniendo en cuenta la valoración por psiquiatría (fls.408-412 y 478-483).

Por otra parte, se hace necesario mencionar que, al expediente se allegaron las decisiones constitucionales de tutela proferidas por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cúcuta y el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cúcuta, de fechas 9 de julio de 2013 y 5 de septiembre de 2013, donde se decidió amparar la estabilidad laboral reforzada a favor del accionante, ordenando a las accionadas Impulso y Mercadeo OUTSOURCING PARTNERS y CARREFOUR

y/o METRO CENCOSUD a reintegrar al trabajador Levin Guarín Angarita y a pagar la seguridad social integral, "…*hasta tanto se ejerza en debida forma la actuación legal que debe surtirse ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social…la orden aquí impartida lo es como mecanismo transitorio*…" y de las cuales se rescata que para el 22 de mayo de 2013 (fl.74), por solicitud del médico en salud ocupacional, el actor fue reubicado laboralmente conforme a las recomendaciones médicas.

Así mismo, con fundamento en el fallo constitucional, el demandante fue reintegrado en el mes de septiembre de 2013, y se condenó a las empresas accionadas Impulso y Mercadeo S.A. y CENCOSUD, al reconocimiento de los aportes en seguridad social integral, amparo que fue concedido en forma transitoria por el término de cuatro (04) meses, denegando el pago de salarios y prestaciones sociales.

Al respecto, se hace preciso señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL15882 del 20 de septiembre de 2017, M.P. Doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, indicó que si bien el reconocimiento de los efectos de cosa juzgada de la sentencias de tutela, responde al principio de la seguridad jurídica, y por tanto, pese a que las sentencias que se dicten en el ámbito constitucional y ordinario pertenecen a jurisdicciones diferentes, estás hacen parte de la misma dimensión de la administración de justicia, sobre la cual debe existir coherencia y congruencia; no es menos que ello no implica que la jurisdicción ordinaria deba compartir obligatoriamente los criterios expuestos por los jueces constitucionales, debido a que es la Corte Suprema de Justicia, quien tiene plena autonomía e independencia para definir la jurisprudencia laboral.

Decisión.

Bajo las anteriores consideraciones, resulta equivocada la conclusión del Juez A quo, en tanto que omitió la valoración integral de las pruebas aportadas, en especial, el dictamen proferido durante el proceso por la JRCI de Norte de Santander No. 162/2017 el 28 de febrero de 2017, en el cual, se realizó un resumen de las cuatro valoraciones médico laborales anteriores al proceso judicial, y tuvo en cuenta de forma completa y detallada, la historia clínica del trabajador y las patologías desarrollas de origen común durante el vínculo laboral y posterior a este, sobre el cual se resalta, que para la fecha en que el empleador Impulso y Mercadeo OUTSOURCING PARTNERS S.A.S., decidió terminar el contrato de trabajo (**18 de junio de 2013**), el demandante Levi Guarín Angarita se encontraba en discapacidad superior al 15% de conformidad con las decisiones de la JRCI de Norte de Santander el 8 de marzo 2012 y la JNCI el 25 de julio de 2012, esta última que determinó una PCL en **28.35%,** decisiones que fueron concordantes respecto a los diagnósticos de "*lumbago no específico y otros trastornos especificados de discos intervertebrales*" y la fecha de estructuración 20 de enero de 2012.

En razón de lo expuesto, es claro que para el momento de la terminación del contrato (18 de junio de 2013), el demandante gozaba de la estabilidad laboral reforzada (*PCL 28.35%, dictamen del 25 de julio de 2012 con fecha de estructuración del 20 de enero de 2012*), independientemente del origen de la enfermedad, discusión que contrario a lo alegado por el apoderado judicial del actor, resulta inocua, ya que la demostración del grado de discapacidad superior al 15% está plenamente probado, circunstancia que lo hace beneficiario de la presunción consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1.997, por lo que, se procederá a verificar, si el empleador Impulso y Mercadeo OUTSOURCING PARTNERS S.A.S., demostró que, la decisión de finalizar el vínculo, obedeció a una causa objetiva, que no requiere ser autorizada por la autoridad administrativa laboral, para exonerarse de las consecuencias sancionatorias legales.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, se tiene que el contrato suscrito por las partes, fue mediante la modalidad de "**actividad o labor contratada**" (fls.9-10), donde el cumplimiento de su objeto es una razón objetiva de terminación del vínculo laboral. En efecto, para este tipo de contratos, la culminación de la obra o la ejecución de las tareas o labores acordadas agotan el objeto del contrato, de tal manera que, desde este momento, la materia de trabajo deja de subsistir y, por consiguiente, mal podría predicarse una estabilidad laboral frente a un trabajo inexistente.

En este asunto, el juzgador de instancia, en ningún momento de la providencia analizó este punto, simplemente encontró en el expediente que la supuesta terminación de la labor contratada fue un motivo para rescindir el vínculo laboral, dado que la materia de trabajo, esto es, la labor contratada para la empresa usuaria CENCOSUD dejó de existir.

No obstante, considera esta Sala que las razones expuestas por el Juez A quo no son acertadas, porque la empresa Impulso y Mercadeo OUTSOURCING PARTNERS S.A.S no demostró que las labores objeto del contrato, dejaron de existir, esto es, el servicio de surtidor en la empresa CARREFOUR hoy CENCOSUD, pues tal afirmación no tiene soporte probatorio, por lo que, no se acreditó la efectiva terminación de las tareas contratadas, además, tal afirmación contradice la realidad, ya que, las actividades para las cuales fue contratado el demandante, nunca dejaron de existir, prueba de ello, es el reintegro laboral que por orden judicial, se efectuó a partir del mes de septiembre de 2013, luego entonces, es claro que la terminación del contrato de trabajo el 18 de junio de 2013, obedeció a la discapacidad del trabajador, máxime cuando tenía **pleno conocimiento** de su situación médica y quien presentó más de 200 días de incapacidad laboral y 4 dictámenes médicos laborales, los dos últimos con calificaciones de PCL superior al 15% y con fecha de estructuración correspondiente al año 2012, razones que indican inexorablemente la procedencia del pago de salarios, prestaciones sociales y la indemnización de los 180 días.

En estas condiciones, desde el punto de vista jurídico la decisión tomada por el Juez A quo no es acertada, puesto que desconoció que a la finalización de la labor contratada, el demandante era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada al encontrarse calificado por la JRCI y la JNCI con una PCL superior al 15%, lo que permite concluir que, el empleador demandado IMPULSO Y MERCADEO OUTSOURCING PARTNERS S.A.S, no desvirtuó que ese motivo alegado para dar por terminada la relación, era una excusa objetiva para prescindir de los servicios del demandante, ya que las tareas contratadas aún subsistían al interior de la empresa usuaria.

De otro lado, al no ser motivo de impugnación por parte del actor la declaratoria del contrato de trabajo resuelta por el Juez A quo en el ordinal primero de la sentencia, y la presunta responsabilidad solidaria de la sociedad GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. hoy CENCOSUD COLOMBIA S.A., en las condenas solicitadas, la Sala no se pronunciará al respecto y dejará incólume dicha decisión.

De manera que, deberá revocarse la decisión en este aspecto, al configurarse los presupuestos previstos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en concordancia con lo previsto en el artículo 7 del Decreto 2436 de 2001, siendo procedente **DECLARAR** no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, esta última, teniendo en cuenta que la demanda fue interpuesta el 19 de diciembre de 2013 conforme el acta de reparto vista a folio 100 del expediente y la terminación del contrato fue el 18 de junio de 2013 y en su lugar **DECLARAR** que el señor LEVI GUARIN ANGARITA se encuentra revestido por el fuero de ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, derivado de sus condiciones de salud y debilidad manifiesta.

Como consecuencia de lo anterior , se **CONDENARÁ** a la sociedad IMPULSO Y MERCADEO OUTSOURCING PARTNERS S.A.S a reconocer y pagar a favor del demandante LEVI GUARIN ANGARITA los 102 días de salario ($19.650) desde el 19 de junio de 2013 hasta el 30 de septiembre de 2013 equivalente a $2’004.300.oo., al pago de las cesantías $167.025, intereses de las cesantías $5.679, vacaciones $83.513 y prima de servicios $167.025, para un total de $423.241. por concepto de prestaciones sociales y vacaciones.

CONCEPTO	DIAS	DEVENGADO	DEDUCCION
CESANTIAS	102	$ 167,025	
INTERESES CESANTIAS	102	$ 5,679	
VACACIONES	102	$ 83,513	
PRIMA	102	$ 167,025	
	SUBTOTAL	$ 423,241	$ 0
	TOTAL, NETO PAGADO		**$ 423,241**

Así mismo, al pago de los aportes a pensión, entre el 19 de junio de 2013 hasta el 30 de septiembre de 2013, los mismos corresponden al resultado del cálculo actuarial que establezca la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliado el actor. Por último, se condenara a la sociedad demandada con el pago de 180 días de salario, al tenor de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, esto es, por la suma de **$3'537.000.oo.**

CULPA PATRONAL

En lo que respecta a la **culpa patronal,** el artículo 216 del C.S.T refiere que se configura "*Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente del trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo*".

En efecto, conforme a los numerales 1º y 2º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, es deber del empleador poner a disposición de los trabajadores los instrumentos necesarios para la realización de sus labores y procurarles elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales, de forma tal que se garantice razonablemente la seguridad y la salud, elementos que fueron analizados por la Honorable Corte Suprema de Justicia en las sentencias del 16 de abril de 2016, SL5619-Radicado 47907 y SL1525 del 2017 entre otras, que disponen que cuando se trata de un **acto de omisión por parte del empleador** y como consecuencia se produjo el accidente o enfermedad laboral, la carga de la prueba se invierte, y es a éste último a quien le corresponderá probar que actuó con diligencia y precaución para proteger la salud y la integridad de sus trabajadores.

Descendiendo al caso analizado, quedó plenamente probado que el accidente padecido por el demandante Guarín Angarita 02 de abril de 2008, no fue de origen laboral, por el contrario, desde un principio la ARL SURATEP negó que el hecho fue consecuencia de una actividad laboral, supuesto que fue confirmado con la historia clínica allegada al expediente y el dictamen de PCL anteriormente estudiado, tantos los dos últimos practicados en instancia administrativa y que dieron origen a la estabilidad laboral reforzada y el último dictamen de PCL proferida por la JRCI de Norte de Santander en instancia judicial, logrando determinar con certeza, que la patología presentada por el demandante es de ORIGEN COMÚN, excluyendo de esta manera, cualquier pretensión declarativa de culpa patronal; en consecuencia, se procederá a CONFIRMAR la decisión proferida por el Juez A quo respecto a la inexistencia de la obligación de culpa patronal, exonerando a las demandada de dicha pretensión.

No se condenará en costas de segunda instancia por haberle prosperado parcialmente el recurso de alzada propuesto por el demandante.

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR ordinales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, y en su lugar, **DECLARAR** que el señor LEVI GUARIN ANGARITA se encuentra revestido por el fuero de ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, derivado de sus condiciones de salud y debilidad manifiesta, conforme a lo advertido en la anterior motivación.

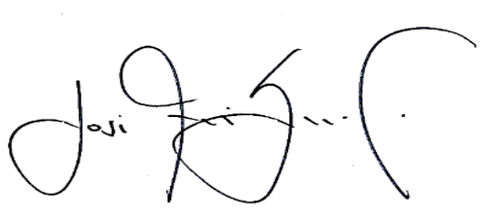
SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad IMPULSO Y MERCADEO OUTSOURCING PARTNERS S.A.S a reconocer y pagar a favor del demandante LEVI GUARIN ANGARITA 102 días de salario ($19.650) desde el 19 de junio de 2013 hasta el 30 de septiembre de 2013 equivalente a **$2’004.300.oo**., al pago de las cesantías $167.025, intereses de las cesantías $5.679, vacaciones $83.513 y prima de servicios $167.025; al pago de los aportes a pensión, entre el 19 de junio de 2013 hasta el 30 de septiembre de 2013, los mismos corresponden al resultado del cálculo actuarial que establezca la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliado el actor, junto con el pago de la indemnización por el despido acaecido en situación de discapacidad equivalente a 180 días de salario, al tenor de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, esto es, por la suma de **$3’537.000.oo.,** conforme a lo advertido en precedencia.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción propuestas por las demandadas respecto a la aplicación de la Ley 361 de 1997.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: SIN CONDENA en costas procesales de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 060, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2021.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA

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

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-001-2018-00323-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18830
JUZGADO: PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: DIONICIO MORA OLIVERO
ACCIONADO: YENER AUGUSTO JACOME MIRANDA, propietario del establecimiento de comercio CARBONES LA PROSPERIDAD
ASUNTO: CONTRATO DE TRABAJO-LEY 361 DE 1997
TEMA: APELACIÓN

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha 17 de octubre de 2019 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2018-00323-00 y partida de este Tribunal Superior No. 18830, promovido por el señor DIONICIO MORA OLIVERO contra YENER AUGUSTO JACOME MIRANDA, propietario del establecimiento de comercio CARBONES LA PROSPERIDAD.

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

I. A N T E C E D E N T E S

Mediante demanda ordinaria laboral, el señor DIONICIO MORA OLIVERO, actuando a través de apoderado judicial, solicita que se declare que fue despedido por su empleador YENER AUGUSTO JACOME MIRANDA, encontrándose incapacitado, sin justa causa y sin autorización del Ministerio del Trabajo, encontrándose en estado de debilidad manifiesta por las patologías que padece, producto de los diferentes accidentes laborales sufridos, actuando el demandado de mala fe. Como consecuencia de ello, solicita se ordene el reintegro y reubicación laboral, se condene al pago de salarios y prestaciones adeudados desde el despido y hasta el momento del reintegro, se condene al pago de la indemnización contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, así como, la indemnización plena de perjuicios, al pago

de la indemnización moratoria por no pago de la liquidación del contrato, indemnización moratorio por no consignación de cesantías, y que dichas sumas sean debidamente indexadas.

De forma subsidiaria, solicitó se condene al demandado al pago de la indemnización por despido injustificado, de conformidad con el CST.

II. H E C H O S

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 90 a 94 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que fue vinculado a la empresa CARBONES LA PROSPERIDAD desde el 23 de junio de 2014, en el cargo de minero picador, hasta el 15 de enero de 2015, fecha en la que su empleador termina el contrato de trabajo.
2. Que en desarrollo de su trabajo desarrolló dolor de rodilla y fue diagnosticado con RUPTURA PARCIAL FIBRILAR DEL LIGAMENTO CRUZADO ANTERIOR, EXTENSA RUPTURA COMPLEJA DEL ASTA POSTERIOR DEL MENISCO MEDIAL CON COMPROMISO DE AMBAS SUPERFICIES, RUPTURA INTRASUSTANCIAL DEL ASTA ANTERIOR Y POSTERIOR DEL MENISCO LATERAL DERRAME ARTICULAR Y PEQUEÑA LESIÓN OSTEOCONDRAL DEL PLATILLO TIBIAL INTERNO.
3. Que sufrió dos accidentes de trabajo (24 de junio de 2014 y 2 de septiembre de 2014), que le produjeron DISCOPATÍA LUMBAR MÚLTIPLE CON RADICULOPATÍA.
4. A razón de sus diferentes patologías causadas por los accidentes de trabajo sufridos, y teniendo en cuenta sus dolores y secuelas, fue incapacitado en repetidas oportunidades, la última se dio entre el 15 de diciembre del 2014, hasta el 14 de enero del 2015.
5. El 15 de enero de 2015, finalizada su incapacidad, el empleador le da por terminado su contrato de trabajo, sin que para ello haya solicitado autorización del Ministerio del Trabajo.
6. Por su solicitud, fue calificado el 14 de octubre de 2015 por la ARL Positiva, con un 0.0% de PCL.
7. Que el empleador nunca le realizó el examen médico de egreso, y solo pago la liquidación de prestaciones hasta dos meses después de la finalización del vínculo.
8. Que acudió al Ministerio del Trabajo para solicita al empleador mediante conciliación el pago de sus acreencias laborales, el cual accedió al pago de la indemnización por despido en la suma de un salario mínimo, pero no reconoció las demás prestaciones.
9. Que interpuso acción de tutela en contra del demandado, la cual fue declarada improcedente.
10. Que le han sido practicadas diferentes cirugías y procedimientos en su rodilla, y se le dio incapacidad por 120 días.

11. Que el 29 de julio de 2016 la EPS Cafesalud emitió concepto de rehabilitación desfavorable y fue calificado por MEDIMAS con una PCL del 14.30% decidiendo que sus patologías son de origen común.
12. Que la Junta Regional de Calificación, se negó a emitir dictamen hasta tanto no se realizara cirugía al demandante y se culminara con el tratamiento, además manifestó que debía ser notificada la ARL.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

El demandado YENER AUGUSTO JACOME MIRANDA, propietario del establecimiento de comercio CARBONES LA PROSPERIDAD, dio formal contestación a la demanda formulada oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda, indicando que no existió un despido injusto, ya que la relación laboral finalizó por vencimiento del término del contrato de trabajo y aun así la empresa esperó hasta que terminara la última incapacidad prescita al actor; se ratificó la terminación del contrato de trabajo, adujo que no estaba calificado el demandante con una pérdida de capacidad laboral y que le fueron pagadas todas las acreencias generadas legalmente.

Como excepciones de mérito, propuso las que denominó INEXISTENCIA DE LA CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD O LIMITACIÓN FÍSICA, SENSORIAL O SICOLÓGICA PARA APLICAR LA MEDIDA DE PROTECCIÓN ESPECIAL PREVISTA EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEY, EN LA FECHA EN LA QUE TERMINA EL CONTRATO LABORAL, TERMINACIÓN DEL CONTRATO LABORAL POR VENCIMIENTO DEL PLAZO PACTADO, PAGO TOTAL DE LAS ACREENCIAS LABORALES, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, COMPENSACIÓN POR PAGAR INDEMNIZACIÓN A LA FINALIZACIÓN DEL VÍNCULO LABORAL, PRESCRIPCIÓN DE DERECHO Y DE LA ACCIÓN.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 17 de octubre de 2019, decidió absolver a YENER AUGUSTO JACOME MIRANDA, como propietario del establecimiento de comercio CARBONES LA PROSPERIDAD de las pretensiones incoadas en su contra.

El juez A quo argumentó su decisión señalando que resultó probado en el transcurso del proceso, que entre las partes existió una relación laboral, regida por un contrato a término fijo inferior a un año, cuyos extremos se dieron entre el 23 de junio de 2014 y el 15 de enero de 2015, y que si bien se logró probar también que el actor presentó varios quebrantos de salud, y por estos fue incapacitado en repetidas ocasiones, lo cierto es que, durante la vigencia del vínculo entre las partes, se tenía prevista la terminación el día 13 de diciembre de 2014, motivo por el cual la accionada realizó el respectivo preaviso de no prorroga con más de 30 días de antelación, pero al haberse

presentado incapacidad para el demandante entre el 13 de enero de 2014 y el 14 de enero de 2015, la accionada esperó que terminara esta para efectivizar dicha terminación. Y que culminada dicha incapacidad no se presentaron más, ni se hicieron recomendaciones al empleador sobre el estado de salud del hoy demandante.

Adujo además el A quo, que para el momento en que se finiquitó el vínculo el actor no se encontraba incapacitado, ni tampoco calificado con alguna perdida o disminución de su capacidad laboral por autoridad competente.

Argumento que el demandado cumplió con sus deberes y cargas laborales cubriendo todos los pagos que por acreencias laborales se pretendía, por lo que tampoco habría lugar a las moratorias solicitadas.

Finalmente, negó el reconocimiento de perjuicios por no haberse acreditado por la parte demandante.

Con relación a la pretensión subsidiaria de pago de la indemnización por despido de que trata el CST, indicó que si bien esta no era procedente, la misma fue reconocida por la demandada en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para la época, lo cual es equivalente a la que le correspondería en caso hipotético, teniendo en cuenta que se trataba de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que el Juez de primera instancia incurrió en varios errores de apreciación de las pruebas aportadas, cometiendo vía de hecho fácticas, al no tener como probado estándolo que la terminación del contrato de trabajo tuvo como móvil la disminución de la capacidad laboral del demandante a consecuencia de un accidente de trabajo ocurrido en septiembre del 2014 y que demostró su verdadero estado de salud, por el cual debió hacérsele un proceso de reincorporación laboral en lugar de despedirlo después de 134 días de incapacidad.

Precisó que debió tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 16 del decreto 2351 del 1965 en lo referente a la obligación de los empleadores frente a los trabajadores que finalizan los periodos de incapacidad temporal; que de igual manera el artículo 8 de la ley 776 del 2002, establece que los empleadores están obligados a reubicar a los trabajadores incapacitados parcialmente en el cargo que desempeñaba o proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y actitudes, mencionado igualmente los artículos 4, 16 y 17 del decreto 2177 del 1989, el cual desarrolla en la ley 82 de 1988, a través del cual se aprueba el convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo sobre readaptación profesional y el empleo de personas inválidas.

Aduce que, la existencia de una incapacidad permanente o parcial no será obstáculo para la reincorporación, si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñándolo; que esto fue lo que aconteció en el presente caso, ya que de acuerdo al concepto que dado por el médico laboral Giovanni Mandón de la ARL Positiva, donde dijo que podía reintegrarse sin recomendaciones, le daba al empleador la obligación de tener que hacer un examen post incapacidad para determinar la verdadera situación de salud del trabajador.

Considera que, el despacho tampoco dio por demostrado estándolo, que para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, el demandante había pasado más de 134 días incapacitado de forma continua desde la ocurrencia del accidente de trabajo y que después que terminara su incapacidad, no se le realizaron los exámenes post incapacidad que demostrarían la disminución de su capacidad laboral, demostrando que el demandante es una persona en estado de debilidad manifiesta, despedido sin autorización del Ministerio de Trabajo y que el verdadero móvil de la demandada para terminar el contrato fue el estado de salud del trabajador, lo cual convierte este despido en un despido discriminatorio y se debe proceder a la aplicación del artículo 26 de la ley 361 de 1997,

Manifiesta que el Despacho no tuvo en cuenta, que la calificación de 14,40% dada por la EPS MEDIMAS sólo contempla sus patologías de rodillas, sin que en este dictamen se reflejen las patologías de columna lumbar, con lo cual su porcentaje de pérdida de capacidad laboral está muy por encima de lo que exige la corte para el reintegro laboral y aún no se le ha dado el trámite ante la junta regional de calificación; que además, se le causaron graves perjuicios en su vida de relación al despedirlo injustamente y dejarlo desprotegido de la seguridad social y enfermo, afectándolo en su dignidad humana y económica al quitarle su única fuente de sustento durante 20 años.

Finaliza exponiendo que el empleador no cumplió con su obligación de consignación de cesantías en el fondo, teniendo en cuenta que dicha obligación nace para los empleadores al 31 de diciembre de cada año por lo que al finalizado el vínculo el 15 de enero de 2015, debió consignar dicho valor y no lo hizo. También se evidenció lo injusto del despido cuando el empleador pago indemnización por dicho concepto quedando con esto probado lo pedido en ese sentido, habiéndose demostrado también que el demandante devengaba más de un salario mínimo; sin embargo, las cotizaciones al sistema de seguridad social y el pago de las demás acreencias se hizo teniendo en cuenta un salario mínimo, lo que también vulnera los derechos del trabajador.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

PARTE DEMANDADA- Alegó la parte que se probó en el proceso que al demandante se le respetaron todos sus derechos legales y constitucionales y que la empresa obró conforme a los dictámenes médicos emitidos por los facultados para hacerlo y apegados a las normas sustantivas laborales.

Una vez cumplido el término establecido para el efecto, sin que la parte demandante ejerciera su derecho a presentar alegaciones finales, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

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

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala consiste en determinar si el señor DIONICIO MORA OLIVERO, al momento de terminación de su contrato de trabajo por parte de su empleador, YENER AUGUSTO JACOME MIRANDA, propietario del establecimiento de comercio CARBONES LA PROSPERIDAD, gozaba de la protección especial de estabilidad laboral reforzada en virtud de su estado de salud y por tanto, es procedente, conforme se solicita, la declaratoria de ineficacia de tal despido y el reintegro a su cargo, junto con el pago de las acreencias laborales que esto genera, las indemnizaciones moratorias de los artículos 65 y 99 del CST y la correspondiente indemnización de perjuicios.

De manera subsidiaria, se estudiará si procede la indemnización por despido injusto.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

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

La normatividad reseñada (Ley 361 de 1997, artículo 26), consagra el principio de la estabilidad laboral reforzada para las personas con limitación física, en virtud del cual estas no pueden ser despedidas por razones de su

limitación, salvo que la terminación del contrato sea autorizada por el Ministerio del Trabajo; y a su vez, integra la sanción a la que tiene derecho el trabajador, cuando el empleador haya obviado la aludida autorización.

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

Ahora bien, sobre el correcto entendimiento del art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Radicado No. 32532 expedida el 15 de Julio de 2008 con Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, fijó como parámetro de decisión que esa ley ampara a *"las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5"* por lo que ***"aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada****, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo*" y adoptando como procedentes los parámetros contenidos en decretos reglamentarios de dicha ley, recuerda que "*la limitación "moderada" es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; "severa", la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%.*" Concluyendo que "*la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir,* ***todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada****".*

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

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

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

Esta Sala de Decisión había venido adoptando como postura la interpretación de la ley 361 de 1997 que la Sala de Casación Laboral expone en sentencias

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO- ELEMENTOS PROBATORIOS

Revisando el acervo probatorio aportado a los autos, observa la Sala los siguientes elementos relevantes relacionados con la contratación realizada al señor DIONICIO MORA OLIVERO por parte de YENER AUGUSTO JACOME MIRANDA, propietario del establecimiento de comercio CARBONES LA PROSPERIDAD:

- A folios 4 a 6 se allega el contrato individual de trabajo inferior a un año suscrito por las partes el día 23 de junio de 2014, para un periodo de 5 meses y 20 días.
- A folio 7 se encuentra un aviso de terminación del contrato fecha al 10 de noviembre de 2014, en la cual se manifiesta al demandante que su contrato no será prorrogado.

- A folio 8 se observa la comunicación enviada por la demandada al demandante el día 15 de enero de 2015, en la cual le informan que se le finaliza el contrato de trabajo, el cual debió terminar el 13 de diciembre de 2014, pero que no fue posible por encontrarse incapacitado, pero que una vez terminada la misma y conforme indicaciones médicas se hace efectiva dicha terminación.
- A folio 9 se allega liquidación de prestaciones sociales por valor total de $1.272.475, en la que se incluyó una indemnización por valor de $658.404.
- A folios 10-12 se encuentran planillas de pago de los aportes al sistema general de seguridad social.
- A folio 13 se observa informe para accidente de trabajo.
- A Folios 39-42 diligencias surtidas ante el Ministerio del Trabajo.

Ahora, en punto al estado de salud del señor MORA OLIVERO, las partes aportaron los siguientes documentos:

- A folios 15 a 38, 48 a 69 se e videncia copia de la historia clínica del demandante.
- A folios 44 a 47 se allega la calificación de la PCL realizada al actor por Positiva S.A. en la que se establece 0% con fecha de estructuración del 23 de enero de 2015.
- A folio 79 se encuentra concepto de rehabilitación desfavorable emitido por Cafesalud el día 29 de julio de 2016.
- A folios 80 a 85 del expediente se observa el Formulario de Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral N° 14010381 del 9 de enero de 2018, en el cual se establece el origen común de la patología del actor relacionada con TRANSTORNO DE LOS MENISCOS y TRANSTORNO DEL CARTILAGO ARTICULAR, calificado con una PCL del 14.30% y una fecha de estructuración del 10 de mayo de 2017.
- A folios 86 y 87 se encuentra respuesta de la Junta Regional de Calificación de Invalidez Norte de Santander en la cual devuelve el expediente del demandante por encontrarse pendiente de intervención quirúrgica por parte de la EPS y porque la PCL no ha sido notificada a la ARL.
- A folios 28, 31 a 36, 64, 66, 126, 132 y 136 se allegan certificaciones de incapacidades del actor, donde se evidencia la existencia de las mismas en los meses de junio, julio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2014, enero de 2015, marzo, abril y mayo de 2016.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO

De la documental vista a folios 13 a 69 y 79 a 87 del plenario, observa la Sala que durante la ejecución del contrato de trabajo y más concretamente al momento de la finalización de su vínculo, el señor DIONICIO MORA OLIVERO tenía un diagnóstico de antecedentes de HERNÍA L4, L5, L5 S1 IZQ, LUMBAGO NO ESPECIFICADO, LUMBAGO CON CIATICA desde el 10 de octubre de 2014, y que según se evidencia en la historia clínica, estas patologías se fueron agudizado con el paso del tiempo, requiriendo el actor

continuo tratamiento por especialista en FISIATRÍA (fl. 21); posteriormente, en el año 2016 se le diagnosticó GONARTROSIS NO ESPECIFICADA (fl. 48).

Así mismo, se observa que fue calificado por parte de la EPS MEDIMAS el día 12 de enero de 2018 (fls. 80 y ss) señalándose un porcentaje de pérdida de capacidad laboral equivalente al 14.30% con fecha de estructuración 10 de mayo de 2017.

En ese orden de ideas, funge palmario que para la fecha de terminación del contrato de trabajo, el demandante presentaba dichas dolencias en su salud, habiendo realizado diversas consultas externas en los meses de junio, julio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2014 y diciembre de 2015; además, es claro que conocía el empleador de su estado de salud, ya que le fueron presentadas las incapacidades otorgadas en los meses mencionados (folios 28, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 64, 66, 126, 132 y 136), lo cual aceptó en la contestación de la demanda y en el interrogatorio practicado al demandado.

Sin embargo, la presencia de dichas dolencias y el conocimiento del empleador sobre las mismas, no son suficientes para declarar que el demandante se encuentra revestido por el fenómeno de la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, pues como claramente se indicó, conforme a la postura asumida por esta Sala, es necesario que las aludidas patologías produzcan una pérdida de capacidad laboral equivalente a un porcentaje igual o mayor a un 15%, situación que en el sub-examine no encuentra respaldo en ningún medio de prueba allegado a los diligenciamientos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien se evidencia que el actor sufre de quebrantos en su salud por las patologías ya mencionadas, que con el tiempo se han ido agudizando, es evidente que para el momento de la terminación del vínculo laboral este no contaba con una disminución de su pérdida de capacidad laboral, ni siquiera en el grado de moderado, lo cual fue corroborado con el dictamen aportado y que reposa a folios 80 a 85 del plenario, en el que si bien se logró establecer porcentaje de PCL en 14.3%, su fecha de estructuración data de 16 meses y 13 días posteriores al rompimiento del vínculo laboral; además, en calificación anterior realizada por POSITIVA, el actor había sido calificado con una PCL de 0%, estructurada el 23 de enero de 2015, es decir, unos días después de la terminación laboral, por lo que no es posible afirmar que el señor DIONICIO MORA OLIVERO tuviera, en dicho momento, la garantía laboral por él pretendida.

Así las cosas, evidente surge que no se encuentra un vínculo causal entre el despido del demandante y su estado de salud, mostrando simplemente el ejercicio de la potestad con que cuenta cualquier patrón de prescindir del servicio de un trabajador que no cuenta con una protección especial, por lo que no se accede a la pretendida indemnización consagrada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 ni al pretendido reintegro, corriendo la misma suerte lo referente al pago de prestaciones y salarios dejados de percibir.

Por otro lado, en lo que respecta a lo injusto del despido, alegando el actor que para la fecha en que se dio el mismo, este se encontraba incapacitado, debe manifestar la Sala que conforme a la documental aportada, y como se ha dicho a lo largo de la providencia, la relación entre las partes estuvo regida por un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual tenía como fecha de terminación el día 13 de diciembre de 2014, motivo por el cual el empleador realizó el correspondiente preaviso de no prórroga y terminación del mismo con los 30 días de antelación que le exige la norma como se evidencia a folio 7 del expediente, momento para el cual el demandante no se encontraba bajo ninguna de las incapacidades prescritas en el transcurso del año 2014.

Pese a ello, el día 25 de noviembre el trabajador fue incapacitado, y dicha prescripción se dio por 20 días, la cual terminaba el 14 de diciembre, siendo posteriormente prorrogada desde el 15 de diciembre por 30 días más, motivo por el cual el empleador esperó a que la última incapacidad y su correspondiente prórroga corrieran solo para hacer efectiva la terminación que ya había notificado, y corroborando que no se dieran otras incapacidades ni recomendaciones médicas.

Para finalizar, teniendo en cuenta que el despido no fue declarado ilegal, no habrá lugar a estudiar la indemnización plena de perjuicios, ya que los mismos no se demostraron dentro del proceso.

Por lo visto, es claro que el empleador actuó legalmente y no incurrió en un despido sin justa causa, todo lo contrario, esperó y respetó las garantías del trabajador, sin que obre dentro del plenario, prueba que demuestre que desde el 15 de enero de 2015 de prescribieran más incapacidades, se calificara al actor con alguna pérdida de capacidad laboral, o se realizara alguna recomendación médica al empleador para la reincorporación del trabajador.

Finalmente, no le asiste razón al recurrente, cuando manifiesta con su dicho que al haber pagado el demandado en la liquidación final de prestaciones sociales, la suma de $658.404 por concepto de indemnización, aceptó con esto que el despido fue injusto, ya que para la Sala lo que se percibe de esto es que el empleador ahondó en garantías para el trabajador, lo que no puede tomarse como indicio en su contra.

Por lo dicho, tampoco saldrá avante la pretensión subsidiaria de indemnización por despido injustificado.

En lo que respecta al pago de las prestaciones sociales, en el plenario se evidencia que existió pago de las mismas, las cuales se encuentran debidamente liquidadas, y si bien el apelante aduce que el actor percibía un salario superior al mínimo legal para la época, fue algo que este no logró acreditar en el transcurso del proceso, por lo que no hay lugar a reconocer suma alguna por estos conceptos, y teniendo en cuenta que dicho pago se dio, tampoco habría lugar a la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del CST.

Por su parte, teniendo en cuenta lo solicitado respecto de la sanción consagrada en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990, por la no consignación de cesantías en el fondo, y que consiste en un día de salario por cada día de mora en la consignación de las referidas, se concluye que esta tampoco es aplicable al presente caso, teniendo en cuenta que el plazo para la consignación de las cesantías proporcionales del año 2014 que debía consignar el empleador, vencía el 15 de febrero de 2015, y al haber terminado el vínculo laboral el día 15 de enero de ese año, podía el empleador perfectamente incluir dicha suma en la liquidación de prestaciones sociales sin que ello implicara que incurriera en alguna ilegalidad, no asistiéndole razón en lo que a esta pretensión respecta.

Teniendo en cuenta lo dicho, no queda otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 17 de octubre de 2019.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor de CIEN MIL PESOS ($100.000 m/cte.) a cargo del señor DIONICIO MORA OLIVERO y en favor de la demandada.

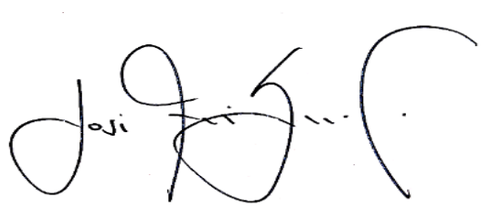
En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 17 de octubre de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor de CIEN MIL PESOS ($100.000 m/cte.) a cargo del señor DIONICIO MORA OLIVERO y en favor de la demandada.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 060, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2021.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Juzgado Primero Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 54001-31-05-001-2019-00085- 00
Partida Tribunal: 19142
Demandante: JESUS MARIA SANCHEZ
Demandada (o): COLPENSIONES- PORVENIR- PROTECCIÓN
Tema: NULIDAD DE TRASLADO
Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 31 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54001-31-05-001-2019-00085- 00 y partida de este Tribunal Superior No. 19142 promovido por el señor JESUS MARIA SANCHEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, S.A. y POVERNIR, S.A.

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

I. A N T E C E D E N T E S

El demandante JESUS MARIA SANCHEZ demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada inicialmente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y

CESANTÌAS PORVENIR, y posteriormente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÌAS ING HORIZONTE, hoy PROTECCIÒN, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

Subsidiariamente pretendió que se declare que PROTECCIÒN S.A. y PORVENIR S.A. le ocasionaron perjuicios al demandante y por tanto deben ser reparados; así mismo, solicitó que, a manera de indemnización, deben proceder dichos fondos a reconocer la pensión por vejez a su favor, en las mismas condiciones y circunstancias a que tenía derecho, si se hubiese pensionado en el régimen de prima media.

II. H E C H O S

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera: Que cotizó al régimen de prima media desde setiembre 08 de 1984 hasta mayo 10 de 1995, habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación a PORVENIR en el mes de mayo de 1995, traslado que no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existió consentimiento de libertad y voluntariedad. Que en el 2018 solicitó regresar al RPMPD, pero su petición fue rechazada.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, S.A., ésta dio formal contestación manifestando que se atiene a las resultas del proceso, en el entendido que el demandante se trasladó del RPMPD al RAIS, razón por la cual tiene plena validez y respecto de la nulidad del contrato suscrito con la AFP DEL RAIS, alegada por la interesada, deberá probarse dentro del desarrollo del proceso judicial.

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

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÌAS PROTECCIÒN S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, manifestando que la entidad, previo a realizar cualquier tipo de afiliación a los fondos que administra, ofrece siempre una asesoría de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben los ejecutivos comerciales, las cuales están orientadas a un estudio profundo del sistema general de pensiones, y al marco legal que regula el mismo, buscando siempre la satisfacción de los clientes, generando tranquilidad y confianza en la afiliación; indicó además que PROTECCIÒN no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen que hiciera inicialmente el demandante.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE y LA INNOMINADA.

Por su parte, PORVENIR S.A. indicó que se opone a la totalidad de pretensiones principales incoadas por el demandante, ya que este se encuentra afiliado a PROTECCIÒN, por lo que, en el remoto evento de una sentencia condenatoria, a la entidad le resultaría imposible atender lo solicitado.

Adicionalmente manifestó que en el traslado efectuado inicialmente no existió vicio alguno que amerite o genere su nulidad o ineficacia y de accederse a las súplicas de la demanda, sería como que el demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual.

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

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 31 de agosto de 2020, resolvió decretar la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual que el demandante JESUS MARIA SANCHEZ hizo de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y con

posterioridad a Protección SA y en consecuencia, condenó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA y a Porvenir SA a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor JESUS MARIA SANCHEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto con los rendimientos que se hubieren causado, en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; así mismo ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que una vez la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA y Porvenir SA den cumplimiento a lo ordenado, proceda a aceptar el traslado del señor JESUS MARIA SANCHEZ del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

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

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. COLPENSIONES.

La parte demandada no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que no es posible aceptar el traslado del demandante teniendo en cuenta lo establecido en el artículo segundo de la Ley 797 del 2003, el cual modificó el Literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que establece que “después de un año de la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”; que además el traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el artículo 13 del literal B de la ley 100 de 1993 y según ley 1328 de 2009 en su artículo 48 que modificó el literal F.

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

Con respecto a la condena en costas que se le impusiere, indicó no se encuentra conforme, teniendo en cuenta que la entidad ha actuado con la creencia y como en el efecto lo es, de haber cumplido realmente con su deber, con la conciencia plena de no engañar ni perjudicar y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones, sin incurrir en abusos de su parte o maniobras engañosas.

2. PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que el traslado del señor demandante ocurrió en el año de 1995, anualidad en que se encontraban vigentes disposiciones que no establecían de manera específica las obligaciones o el contenido obligacional en particular que debían cumplir los fondos de pensiones para considerarse que un traslado se debía hacer en debida forma y en el decreto 663 de 1993 o estatuto orgánico del sistema financiero, establecía una obligación genérica de dar una debida información para la toma de decisiones de carácter financiero; que es el artículo 11 del decreto 692 de 1994, que establece que los fondos de pensiones deben elaborar un formulario de afiliación o traslado y ese mismo decreto establece el contenido informativo que debería tener esos formularios de afiliación traslado, el cual es suscrito por el afiliado y es precalificado por la Superintendencia Financiera de Colombia; que bajo ese entendido, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir diligenció dicho formato, fue suscrito por la señora afiliada y bajo el principio de la buena fe y de la confianza legítima, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir consideró que eso era suficiente para acreditar o probar que el traslado se realizó conforme a la ley.

Alegó que, en este sentido, en su momento se cumplió con el deber informativo y se brindó la información necesaria y disponible de manera verbal a la afiliada, y la única prueba que se debía conservar en su momento para acreditar la existencia o la difusión de esa debida información era el formulario de afiliación que obra en el expediente.

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

Manifestó que, de mantenerse la decisión respecto de la nulidad del traslado de régimen, se revoque la orden de devolver los gastos de administración en que incurrió el fondo, en virtud del artículo 964 del CC.

Por último, se mostró en desacuerdo con la condena en costas impuesta ya que a la entidad le era imposible sustraerse del proceso y se vio abocado al mismo, debido a que para terminarlo de manera anticipada o evitar acudir a la jurisdicción, se encontraban en manos de Protección S.A., quien no accedió a las suplicas de la demanda.

PROTECCIÒN, S.A.

Fundamentó la parte su recurso de apelación en el hecho que en el momento en que se hizo el traslado de régimen y luego al momento en que se hizo el traslado entre fondos, especialmente el primero, no existió una norma específica que determinara cómo debía darse la información para efecto que el traslado se hiciera efectivo; indicó que el único requisito era un formulario de traslado que era avalado por la Superintendencia Financiera, de acuerdo con el decreto 692 del año 1994 y se está pidiendo que se aplique una doctrina de la Corte Suprema de Justicia que es posterior a ese hecho y este caso no es retroactivo.

En segundo lugar, consideró que exigirles a los fondos que se acredite que se brindó una información completa, cuando realmente el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección tanto como Porvenir cumplieron con la normatividad vigente cuando se efectuó ese traslado, "*se crea una prueba diabólica o imposible de cumplir"*, porque en ese entonces el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección se atuvo a los mandatos legales existentes en ese momento.

Con respecto a la devolución de los gastos de administración, indicó que no puede desconocerse que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras y las mismas son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, que el fruto o mejora de la AFP es la Comisión por la administración.

De otra parte, alegó que la exigencia de devolver el seguro previsional se considera inoperante porque el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección contrata con una aseguradora el pago del seguro previsional, cuando se presente el riesgo de la pensión de vejez o una pensión de invalidez o una pensión de sobrevivencia y en ese caso la aseguradora paga una suma adicional que se produce porque el fondo de pensiones mensualmente le está pagando, es girado directamente a la aseguradora prestando el servicio, la cual es un tercero de buena fe; que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado frente a los terceros de buena fe cuando se declara la nulidad del negocio jurídico de la siguiente manera: "los terceros que no se pueden ver perjudicados por la nulidad del negocio simulado, refiere la doctrina contemporánea, son los tercero de buena fe los que obran con base a la confianza que suscita un derecho aparente, los que no pudieron advertir un error no reconocible, los que obrando con cuidado y previsión se atuvieron a

lo que entendieron o pudieron entender, vale decir a los términos que se desprenden de la declaración en a los que permanecen guardados en la conciencia de los celebrantes".

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

PORVENIR S.A., mediante escrito presentado ante la Secretaría de esta Sala alega que la sentencia debe revocarse, porque de las pruebas aportadas, se acreditó que el demandante recibió la asesoría necesaria para el traslado de régimen, que la AFP PORVENIR informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen, mediante el envío de la información junto con los extractos trimestrales, en el año 2004, que realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y el demandante no hizo uso de esa legítimo derecho.

Que, en caso de declararse la ineficacia del traslado, deben ser revocados la devolución de los gastos de administración ya que por definición legal guardan relación con la retribución por las labores desplegadas por la AFP para administrar el capital pensional, como lo señala la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto 2019152169-003-000, que en el evento de declararse la nulidad o ineficacia del traslado debe darse aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

COLPENSIONES a través de su apoderado judicial manifestó que, no es procedente aceptar el traslado solicitado por el demandante, teniendo en cuenta que la entidad actuó conforme a las normas legales vigentes, que el traslado efectuado al RAIS, tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado de régimen suscrito por la demandante, con la Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., de conformidad con lo consagrado en "Artículo 2° de la Ley 797 de 2003 modificó las condiciones para trasladarse de régimen, específicamente en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Que el señor JESUS MARIA SANCHEZ CANO, de manera libre y voluntaria, tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho

a la pensión; ya que en este momento tenía otras expectativas con el fondo privado.

Que la ineficacia o nulidad, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe, como en este caso COLPENSIONES, figura que constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que, en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

Que la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado no resulta procedente, teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y según la LEY 1328 DEL 2009.- artículo 48. que modifico los literales c) y, d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993.

Que se acreditó la excepción de prescripción; de conformidad con el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 151 del C.P.L., se establece que el transcurso del tiempo, en tres (3) años, hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado.

Por último, que no es procedente la condena en costas procesales porque el Instituto de Seguros Social I.S.S. hoy Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, ha actuado siempre con la creencia, como en efecto lo es, de haber cumplido realmente con su deber, con la conciencia plena de no engañar ni perjudicar y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones, sin incurrir en abusos de su parte o maniobras engañosas.

VII. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

Se procede entonces a plantear los siguientes **problemas jurídicos:**

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional,

efectuado por el demandante JESUS MARIA SANCHEZ en el año 1995 a PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.

2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, para los fondos privados demandados, como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliado con anterioridad.

3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Por último, la Sala realizará un breve pronunciamiento de la condena en costas procesales, teniendo en cuenta, que esta instancia procesal no es la indicada procesalmente, la alegar sobre dicha materia.

ANÁLISIS PROBATORIO

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

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por el demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que asegura que el traslado del ISS hoy COLPENSIONES hacia PORVENIR S.A. no se surtió por parte de los asesores de dicha AFP de forma adecuada, con insuficiencia en la información y no le explicaron las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento del señor JESUS MARIA SANCHEZ para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, esta colegiatura precisa que los afiliados al sistema de seguridad social están facultados para escoger libremente a qué régimen se afilian, tal como lo preceptúa el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de

1.993, en el que va inmerso como principio fundamental el consentimiento libre e informado y, en el evento de que se vislumbre un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será posible declarar la nulidad de tal escogencia.

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

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

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

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

con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

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

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

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

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales,

los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

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

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que el demandante JESUS MARIA SANCHEZ a partir del 08 de septiembre de 1984, inició sus cotizaciones al sistema pensional con el ISS hoy COLPENSIONES, para luego trasladarse al RAIS PORVENIR, S.A. en el mes de mayo de 1995 y posteriormente trasladarse a PROTECCION S.A. en el mes de diciembre de 2002.

Luego entonces, del formato visto a folio 4 del expediente, las partes aceptan que fue suscrito por el demandante, en el que se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que "*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*", calidades de la decisión que no se encuentran demostradas con el acervo probatorio, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró al demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Aunado a ello, la administradora en reiteradas manifestaciones, alega que el demandante recibió comunicaciones respecto de los beneficios y/o historia laboral de cotizaciones, sin embargo, de las pruebas se logra extraer que dichas informaciones fueron suministradas años posterior al momento del traslado, por lo que, la administradora no puede ampararse en situaciones posteriores a la manifestación de la voluntad que inicialmente se demuestra que no estuvo precedida por la información clara, expresa y completa respecto del traslado de régimen, más allá de la simple suscripción de un formulario, con una expresión genérica de manifestación de voluntad libre e informada.

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

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

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

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

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO.

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el demandante en el mes de mayo de 1995, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que es que, **se retrotraen todas las cosas al estado en que se encontraban** es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la demandante nunca perdió el régimen de transición (sentencias, SL17595-2017, SL4989-2018 donde se ratifica lo dicho en la sentencia de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008- Corte

Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral), de manera tal que, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., como PROTECCION S.A. realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES.

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

> Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *statu quo ante* no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.
>
> Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.
>
> Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

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

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia el fondo privado PORVENIR y de este al fondo PROTECCIÓN S.A. las cosas deben

retrotraerse como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución por parte de dichos fondos privados a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, debiéndose entonces CONFIRMAR en este sentido la sentencia apelada y consultada.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-(prescripción).

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

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

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

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

reconocimiento y pago de una prestación económica.

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

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

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

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

Costas procesales

Por último, se rememora que las costas judiciales son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se incluyen: (i) **las expensas**, que son los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso y los causados en el desarrollo de la actuación, pero siempre distintos de los honorarios que se pagan a los abogados, como por ejemplo, la producción de determinadas pruebas, el valor del desplazamiento

y el tiempo ocupado por los testigos en su declaración, las copias necesarias para surtir determinados recursos etc., y (ii) **las agencias en derecho**, que consisten en el valor que el juzgador le da al trabajo del profesional del derecho que ha salido avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, materia de inconformidad por PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y 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*".

VIII. D E C I S I Ó N D E L A S A L A

Por las motivaciones expuestas en esta providencia quedan resueltos los problemas jurídicos planteados, y dadas las resultas del estudio realizado, se CONFIRMARÁ en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 31 de agosto de 2020, como se dirá en la parte resolutiva de esta providencia.

Se condenará en costas de segunda instancia a LA AFP PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES por no haberles prosperado el recurso de alzada, fijando como agencias en derecho a su cargo, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS ($400.000.oo) para cada una de las demandadas y a favor del demandante JESÚS MARÍA SÁNCHEZ, de conformidad con el art. 365 del C.G. del P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 emanado del CSJ Sala Administrativa.

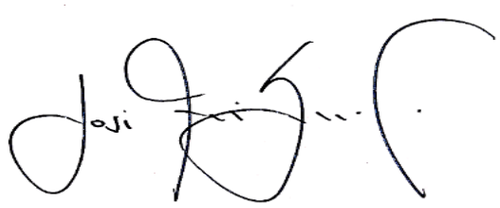
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IX. R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad, la sentencia apelada y consultada proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el 31 de agosto de 2020, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: **CONDENAR** en costas de segunda **i**nstancia LA AFP PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES por no haberles prosperado el recurso de alzada y fijar como agencias en derecho a su cargo, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS ($400.000.oo) y a favor del demandante JESÚS MARÍA SÁNCHEZ, de conformidad con el art. 365 del C.G. del P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 emanado del CSJ Sala Administrativa.

N O T I F Í Q U E S E.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 060, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2021.

Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

RAD: 54-001-31-05-002-2014-00102-01
P.T. No. 17818
REF: ORDINARIO
DEMANDANTE: SONIA YANETH TABINA MARTINEZ y OTRO
DEMANDADO: MANTENIMIENTO HELIO E.S.T. y OTROS

Como la liquidación de lucro cesante consolidado, liquidación lucro cesante futuro, liquidación daños morales subjetivados y liquidación de daño emergente liquidación igual para cada activa (vista a folios 18), supera el equivalente a 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2019 ($99.373.920), se concede para ante el superior el recurso de casación interpuesto por la activa contra la sentencia del 19 de septiembre de 2019.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

P.T. No.17818

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 060, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2021.

_____
Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

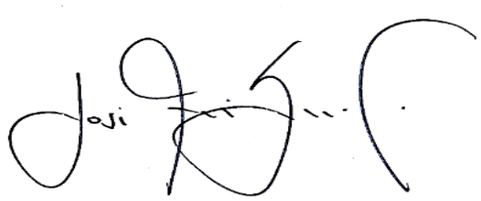
RAD: 54-001-31-05-002-2016-00220-01
P.T. No. 17739
REF: ORDINARIO
DEMANDANTE: FREDY JAVIER BAUTISTA CARRILLO
DEMANDADO: COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. y OTRO.

Como la liquidación de indemnización Art. 7º. Convención Colectiva de Trabajo, liquidación de las cesantías, liquidación sanción por no consignación de las cesantías y liquidación pago de la sanción moratoria Art. 65 C.S.T. , (vista a folios 100 a 101), supera el equivalente a 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2019 ($99.373.920), se concede para ante el superior el recurso de casación interpuesto por la pasiva Prosegur de Colombia S.A contra la sentencia del 31 de octubre de 2019.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVER NARANJO
MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 060, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2021.

_____
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA

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

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-002-2017-00321-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18976
JUZGADO: SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTES: ESTEBAN VERGEL
ACCIONADO: CERÁMICA ANDINA, LTDA.
ASUNTO: APELACIÓN
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO- ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 25 de febrero de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-002-2017-00321-00 y P.T. No. 18976 promovido el señor ESTEBAN VERGEL contra CERÁMICA ANDINA, LTDA.

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

I. A N T E C E D E N T E S

El demandante, por intermedio de apoderado judicial pretende que se declare que (i) fue despedido unilateralmente, sin justa causa y sin permiso del Ministerio del Trabajo, encontrándose en un estado de debilidad manifiesta por sus patologías de origen laboral y en consecuencia se condene a CERÁMICA ANDINA a realizar el reintegro y reubicación laboral sin solución de continuidad, al pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes al SSSI dejados de percibir desde el despido y hasta que sea reintegrado, al pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la indemnización plena de perjuicios, la del artículo 65 CST y la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indexación de las sumas.

II. H E C H O S

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 92 a 97 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que el día 05 de mayo de 1982 suscribió con la empresa CERÁMICA ANDINA, LTDA. un contrato de trabajo para desempeñar el cargo de operario de producción, con un salario promedio de $937.439.
2. Que el 26 de septiembre de 2005 sufrió un accidente de trabajo cuando se encontraba manipulando la máquina empujadora, ocasionándose trauma en la mano izquierda.
3. Que sufrió otro accidente de trabajo el 18 de noviembre de 2008 cuando se resbaló bajando de una escalera, golpeándose la mano izquierda.
4. Que en el año 2010 comenzó a padecer un dolor de espalda, por lo cual es reubicado con recomendaciones, siendo calificado con una PCL del 16.85% por parte de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.
5. Que la demandada hizo caso omiso de las recomendaciones médico laborales, y no realizó la reubicación ordenada.
6. Que la empresa inició proceso de reestructuración en el año 2004, y la Superintendencia de Sociedades de Santander, mediante auto N°400-017951 del 28 de noviembre de 2016 se decretó la apertura del proceso de liquidación.
7. Que el 23 de enero de 2017 fue despedido sin justa causa, estando con orden de reubicación, enfermo y en tratamiento de sus enfermedades.
8. Que la empresa le adeuda las cesantías de los años 2013 a 2016.
9. Que 15 días después de ser despedido, la empresa le hace entrega de la liquidación en papel por un valor de $13.860.213, sin tener en cuenta la indemnización por despido en estado de debilidad manifiesta del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ni aquella por no consignación de las cesantías, ni por los perjuicios causados por la no reubicación.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

La empresa CERÁMICA ANDINA, LTDA EN LIQUIDACIÓN, representada en juicio por Curador Ad Litem, indicó que se atiene a lo que resulte probado en juicio, proponiendo como excepciones de mérito la prescripción, indebida acumulación de pretensiones y la genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO CÚCUTA, en sentencia de fecha 25 de febrero de 2020 resolvió **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la empresa demandada, desde el 01 de julio de 1982 y hasta el 23 de enero de 2017, el cual terminó por decisión unilateral,

objetiva y justa de la entidad, por lo que la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra.

Para resolver lo anterior, argumentó que con respecto a las solicitudes relacionadas con la estabilidad laboral reforzada alegada por el actor, si bien es cierto que este se encontraba en condición de discapacidad al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, dicha terminación se fundamentó en una decisión objetiva como es la contemplada en el numeral 5 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006.

En lo que corresponde a la procedencia de las indemnizaciones moratorias pedidas, indicó que la absolución parte de que de conformidad con las pruebas que se evidencian en el expediente no fue posible corroborar una mala fe de la entidad demandada en la falta de consignación de cesantías al fondo correspondiente en favor del demandante para los años 2012 y siguientes, ni una decisión arbitraria y caprichosa para el no pago de la liquidación de prestaciones sociales al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, pues esto se fundamenta en la situación económica que padeció la empresa y que conlleva un proceso de reorganización empresarial inicialmente y luego a la liquidación judicial de la misma.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación en su contra, solicitando que se revoque y se acceda a las pretensiones de la demanda, para lo que expuso los siguientes argumentos:

- Consideró que no se dio por probado, estándolo, que la empresa Cerámica Andina entró en liquidación judicial por negligencia y culpa de su representante legal en el manejo administrativo de sus recursos materiales y humanos, por lo tanto, el hecho de que estuviera en liquidación judicial es un hecho atribuible solo a la negligencia y culpa de su representante legal que encontró la forma convertirse, junto con sus hijos y hermanos en los máximos acreedores, y ellos solicitaron al unísono la liquidación judicial, por lo cual no pueden beneficiarse de este acto que tantas penalidades ha traído a los trabajadores que han sido revictimizados al no aplicar el principio general del derecho de que nadie puede alegar su propia culpa en su defensa, una de las manifestaciones del principio constitucional de la prohibición del abuso de los derechos propios y en particular la regla por la cual no se puede sacar provecho en la propia falta.

- Que no se dio por probado, estándolo, que la empresa dejó de pagar las prestaciones sociales, tales como las cesantías, y dejó de consignarlas a un fondo de cesantías desde el año 2009, cuando la

empresa no estaba aún en liquidación, mostrando la mala fe de la empresa el hecho que en el año 2014 prefirió pagar a sus acreedores bancarios tal y como se muestra en el acta de acreedores del que se encuentra folio 84 al 88, y no a sus trabajadores que le han prodigado la riqueza que han despilfarrado con malas decisiones administrativas y negligentes, lo cual no es oponible al trabajador que en virtud del art. 28 del Código Sustantivo, no puede pagar por las pérdidas económicas de la empresa derivados de su mal manejo administrativo.

- Que no se dio por probado, estándolo, que el único culpable de la liquidación judicial fue el Señor Jairo Yáñez y su familia, y que esté hecho no puede redundar en el desconocimiento de los derechos mínimos de los trabajadores, pues como se mostró existió un fraude empresarial o por lo menos se evidenció que se obró de mala fe y con plena convicción de que la empresa demandada buscó con excusa su liquidación ante la imposibilidad de poder despedir a sus trabajadores enfermos, lo cual se extracta de los hechos de la demanda del 15 al 32 y los testimonios recaudados, que fueron enfáticos a asegurar que la empresa pretendía cancelar 40 contratos laborales ante el Ministerio del trabajo, y una vez autorizado, no lo pudo hacer ante la previsión que esta autorización no podía recaer sobre trabajadores enfermos y con fuero sindical, para desconocer sus derechos.

- Que no se dio por probado, estando, que el trabajador se encontraba en estado de debilidad manifiesta al terminar su contrato laboral por sus patologías de origen laboral, calificada por la Junta Regional de Calificación el 19 de diciembre del 2014 por valoración del 16,85% que se encuentra a folio 34 el plenario, por lo que se configura la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 del 97 para ordenar su reintegro solicitado con la demanda junto con el pago de salarios y prestaciones sociales adeudados durante el tiempo que estuvo cesante el trabajador hasta la liquidación de la empresa.

- Que no se dio por probado, estándolo, que la liquidación de la empresa demandada tenía por objetivo deshacerse de todos los trabajadores enfermos actuando de mala fe al usar esta figura creación legal de la Ley 1116 de 2006, para lograr su propósito y dejar 82 trabajadores enfermos, pre-pensionados y sin prestaciones sociales después de más de 35 años trabajando.

- Que no se dio por demostrado, estándolo, que no existe en el plenario una sola prueba de la buena fe la empresa y tampoco se presentó a defender esta presunción y que por el contrario, el señor juez omitió el acervo probatorio a favor del demandante, ya que los testigos recaudados que fueron consistentes al señalar que el objeto de la liquidación fue despedir a los trabajadores enfermos ya que durante toda la relación laboral bajaron al tope de producción, y de domingo a domingo.

- Que no se dio por demostrado, estándolo, que la misma Superintendencia autorizó el pago en las indemnizaciones establecidas el Código Sustantivo del Trabajo tal y como lo denuncia en el acta de apertura de liquidación de Cerámica Andina de fecha 28 de noviembre de 2016 artículo 33.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

1. **PARTE DEMANDANTE.** En sus alegaciones finales, la parte manifestó que el A quo aduce que no procede el reintegro laboral del señor ESTEBAN VERGEL, debido que el despido es una causal objetiva, realizando una apreciación errónea para la defensa del demandante, ya que puede que sea la causal objetiva legal, pero no es justa, esto es porque al trabajador ESTEBAN VERGEL, no se le podía despedir sin el permiso del MINISTERIO DEL TRABAJO, debido a su estabilidad laboral reforzada adquirida por sus patologías de origen laboral y con una perdida de capacidad laboral calificada con un 16.85%, visto a folio 32-34 del expediente y desconocida por el a quo.

   Indicó que el señor ESTEBAN VERGEL, se encontraba en estado de debilidad manifiesta al padecer BURSITIS SUBACROMIO SUBDELTOIDEA Y TENDINITIS DEL BICEPS Y DEL SUPRAESPINOSO, TRASTORNO DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES NO ESPECIFICADO, EPICONDILITIS, calificado por la junta nacional de calificación el 19 de diciembre de 2014, con una pérdida de capacidad laboral de 16.85%. por lo cual es preciso la aplicación del artículo 26 de la ley 361 de 1997, para ordenar el reintegro solicitado en la demanda, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales adeudados durante la relación laboral, hasta la liquidación total de la empresa CERAMICA ANDINA LTDA EN LIQUIDACION.

   Con respecto a la buena fe de la pasiva en sus actuaciones, precisó que la mala fe de la empresa CERAMICA ANDINA LTDA EN LIQUIDACIÓN, fue demostrada con el hecho de que esta no solicitó el permiso respectivo al MINISTERIO DE TRABAJO, para poder realizar el despido del trabajador, tal y como lo establece la ley, incluso el mismo en el numeral 33° del auto de liquidación N° 400-017951 del 28 de noviembre de 2016, emitido por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si el señor ESTEBAN VERGEL, al momento de terminación de su contrato de trabajo por parte de su empleadora, la sociedad CERÁMICA ANDINA, LTDA. EN LIQUIDACIÓN, gozaba de la protección especial de estabilidad laboral reforzada en virtud de su deteriorado estado de salud y se dan las condiciones para establecer que su despido se dio con ocasión de su patología y por tanto es procedente, conforme se solicita, la declaratoria de ineficacia de tal despido y el reintegro a su cargo, junto con el pago de las acreencias laborales e indemnizaciones que esto genera; así mismo se analizará si es acreedor el trabajador de las indemnizaciones contempladas en el artículo 65 del CST y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Aclara la Sala que no existe discusión en esta instancia acerca de la existencia de un contrato de trabajo entre el señor ESTEBAN VERGEL y CERÁMICA ANDINA, LTDA., entre el 01 de julio de 1982 y el 23 de enero de 2017, fecha en que el mismo terminó por decisión unilateral de la empresa, lo cual fue declarado por el A quo en su sentencia y no fue motivo de reproche por alguna de las partes.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

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

La normatividad reseñada (Ley 361 de 1997, artículo 26), consagra el principio de la estabilidad laboral reforzada para las personas con limitación física, en virtud del cual estas no pueden ser despedidas por razones de su

limitación, salvo que la terminación del contrato sea autorizada por el Ministerio del Trabajo; y a su vez, integra la sanción a la que tiene derecho el trabajador, cuando el empleador haya obviado la aludida autorización.

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

Ahora bien, sobre el correcto entendimiento del art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Radicado No. 32532 expedida el 15 de Julio de 2008 con Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, fijó como parámetro de decisión que esa ley ampara a *"las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5"* por lo que ***"aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada****, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo*" y adoptando como procedentes los parámetros contenidos en decretos reglamentarios de dicha ley, recuerda que "*la limitación "moderada" es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; "severa", la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%.*" Concluyendo que "*la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir,* ***todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada****".*

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

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

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

Esta Sala de Decisión había venido adoptando como postura la interpretación de la ley 361 de 1997 que la Sala de Casación Laboral expone en sentencias

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Revisando el acervo probatorio aportado a los autos, especialmente la historia clínica allegada a folios 17 a 60, surge evidente que durante el desarrollo de su contrato de trabajo y más específicamente en el momento de la terminación del mismo el día 23 de enero de 2017, el actor sufría de dolencias en su región lumbar, con un diagnóstico de TRASTORNO DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES (folio 36), habiendo sido calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen N°1994003 con una PCL del 16.85% estructurada el 29 de mayo de 2014, concluyéndose, sin lugar a duda, que el señor ESTEBAN VERGEL, es considerado como un sujeto de especial protección y acreedor de la estabilidad laboral reforzada que aquí se reclama y de la cual tenía pleno conocimiento su empleadora, en virtud del oficio de notificación que le fuera remitido por la entidad calificadora (folio 34).

Probado como está lo anterior, tiene lugar un traslado de la carga de la prueba, ahora en cabeza de la atacada en juicio, quien debe demostrar que la terminación del contrato laboral con el trabajador protegido no se dio en virtud de las patologías por él sufridas, sino que su fulminación lo fue con ocasión de una causa justa y objetiva, obligación probatoria esta que fue debidamente observada por CERÁMICA ANDINA, en tanto logró desvirtuar este nexo causal entre la terminación contractual y el estado de salud del señor VERGEL, demostrando que la circunstancia que dio origen al mentado finiquito fue el proceso de liquidación judicial en que se vio inmersa la empresa, decretada mediante auto de fecha 28 de noviembre de 2016 proferido por la Superintedencia de Sociedades- Intendencia Regional Bucaramanga, situación que se encuentra contemplada en el literal e) del artículo 61 del CST como una justa causa objetiva para la terminación del contrato.

Además de lo anterior, el numeral 5° del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, establece que en virtud de la apertura de un proceso de liquidación judicial tendrá lugar “La terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna quedando sujetas a las reglas del concurso, las obligaciones derivadas de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelaciones que les correspondan.”

En tal virtud, patente surge que no le asiste razón al apelante en cuanto equivocadamente plantea que la liquidación judicial de CERÁMICA ANDINA, LTDA obedeció a acto voluntario, ya que del auto que decreta la misma se entiende que es una decisión emanada de la entidad encargada de ejercer las funciones de vigilancia y control empresarial, tal y como se establece en el artículo 49.3 de la Ley 1116 de 2006, en este caso la Superintendencia de sociedades que cuenta con facultades jurisdiccionales para tal efecto contrario a la liquidación voluntaria consagrada en el Código de Comercio.

Así las cosas, forzoso resulta concluir que fue acertada la decisión del A quo en cuanto consideró que, a pesar de que el actor se encontraba en condición de discapacidad al momento de la terminación de su contrato de trabajo por parte de la pasiva, dicha terminación se fundamentó en una decisión objetiva como es la contemplada en el numeral 5 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006; y es que la garantía reforzada creada para trabajadores que vean disminuida su capacidad laboral no impide, por sí sola, que a una persona en esta situación se le extinga su contrato de trabajo o que el mismo deba mantenerse de manera indefinida; el propósito de esta protección es evitar que la patología sufrida sea la razón de su finiquito laboral y que por tanto, se permita un comportamiento que a todas luces sea discriminatorio por parte de los empleadores.

En virtud de lo anterior, considera la Sala que las pretensiones encaminadas a obtener las consecuencias jurídicas establecidas en la Ley 361 de 1997,

esto es el reintegro laboral, el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, así como la indemnización correspondiente al pago de 180 días de salario, no están llamadas a prosperar, debiéndose CONFIRMAR la sentencia atacada en este sentido.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA- ARTÍCULO 65 CST

Se solicitó en la demanda que ante el retraso en el pago de salarios y la liquidación definitiva de prestaciones con la terminación del contrato se condenara al pago de la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., a lo que no accedió el juez *a quo* al estimar que de conformidad con las pruebas que se evidencian en el expediente, no fue posible corroborar una mala fe de la entidad demandada en la falta de pago de la liquidación de prestaciones sociales al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, pues esto se fundamenta en la situación económica que padeció la empresa y que conlleva un proceso de reorganización empresarial inicialmente y luego a la liquidación judicial de la misma.

Como ha sido largamente determinado por este Tribunal, teniendo como fundamento lo reglado por la HCSJ en sentencias como la SL3123-2020, la aplicación de la indemnización moratoria por falta de pago de salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato, no se impone de manera automática, sino que debe proceder, si es del caso, luego de un exhaustivo análisis de la conducta del empleador frente a tal menoscabo de los derechos del trabajador, análisis este que tiene como foco central, la conducta del incumplido, con el fin de determinar si estuvo o no revestida de buena fe, para lo cual no cuenta el juez de conocimiento, con reglas objetivas.

En cuanto a las situaciones en las que el empleador se encuentre inmerso en una crisis económica que lo lleve incluso a requerir el trámite de reestructuración o incluso de liquidación, dicha situación de insolvencia no se considera como un eximente de responsabilidad de un empleador frente al cubrimiento de las acreencias laborales de un trabajador, debiéndose examinar en cada caso particular si estuvo presente o no el elemento de buena fe en el actuar del empleador. Al respecto, la HCSJ explicó lo siguiente en su sentencia con Rad 7393 de 1993, citadas en las providencias con Rad. 34778 de 2010 y 37288 de 2012:

> «Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe 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 es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e

> indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.
>
> De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues 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. Y no debe olvidarse que la empresa, 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)…»

Así mismo, el órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha establecido que la conducta del empleador que debe ser evaluada es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, vale decir, en el caso de la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST, en el momento de la terminación del contrato de trabajo, y, en el caso de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el instante en el que legalmente se debe consignar la cesantía en un fondo. Siendo claro que la mora no puede excusarse con fundamento en situaciones posteriores y diferentes de la conducta desplegada por el deudor en el momento en que tenía que pagar. (Ver SL, 24 enero 2012, rad. 37288; SL 1º agosto 2012, rad. 40972 y SL485-2013).

Aplicado con la anterior al caso que hoy nos ocupa, es claro que los argumentos del recurrente no resultan plausibles para revocar la decisión del Juez de primera instancia, en el entendido que, debe hacerse notorio que la relación laboral se dio por terminada el día 23 de enero de 2017, entre tanto, el auto N°400-017951 que decretó la apertura del proceso de liquidación judicial fue proferido el 28 de noviembre de 2016, es decir, con anterioridad a la finalización del vínculo laboral, momento en que se debían cancelar las prestaciones y salarios debidos, so pena de la aplicación de la indemnización aquí pretendida.

Es por esto que, si bien es posible afirmar que la situación de insolvencia de una empresa no se considera por sí solo como un eximente de responsabilidad de un empleador frente al cubrimiento de las acreencias laborales de un trabajador, sí es importante tener en cuenta que las decisiones empresariales de la demandada a partir del 28 de noviembre de 2016, se condicionaron luego de que la Superintendencia de Sociedades decretara la apertura de su liquidación judicial.

En ese sentido, debe advertir la Sala que, a partir de esa fecha no se puede mantener la afirmación de que exista una intención defraudatoria del

empleador en el impago de las prestaciones al trabajador que permita dar continuidad a la moratoria luego de dicha calenda; pues sus actuaciones a partir del 28 de noviembre de 2016 estuvieron condicionadas por la liquidación de la empresa.

Mal podría entenderse que existe intención defraudatoria luego de la mentada fecha, en un empleador que quedó sometido a un proceso de extinción y reconoce que se encuentra en imposibilidad de cumplir con las obligaciones vigentes para someterse al proceso de liquidación forzada, por lo que la asunción de pagos deja de estar a su disposición para recaer en el interventor y el esquema o plan de pagos que se propone y somete a consideración de todos los acreedores, siguiendo el procedimiento legal correspondiente.

Así lo ha entendido, la Sala de Casación Laboral en providencias SL2833 de 2017, SL17579 de 2017 y SL4476 de 2018 donde reiteró el siguiente precepto contenido inicialmente en sentencia del 10 de octubre de 2003 (Rad. 20.764):

> Frente a la anterior situación, debe decirse que de imponerle la indemnización moratoria a un empleador que se encuentra en esas condiciones, es decir en liquidación obligatoria, no tendría razón de ser la expedición de las leyes especiales que permiten la intervención Estatal en las empresas, las cuales están destinadas a proteger no solo el capital y la inversión económica, sino también los intereses de los asalariados y por ende el derecho Constitucional al empleo consagrado en el artículo 25 del Ordenamiento Superior, que se orienta a que un agente estatal dirija los destinos de la unidad de explotación económica y pretenda ya la recuperación económica, ora la liquidación de la sociedad, todo, contra la voluntad del empleador y empresario, sin que pueda quedar al libre albedrío del promotor del acuerdo o del liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos destinados, a conservar el equilibrio de la compañía como persona moral y la igualdad entre los acreedores, según la filosofía propia de la liquidación forzada regulada en la Ley.
>
> Finalmente, no puede deducirse que una empleadora que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes, como para entrar a darle viabilidad al Art. 65 del C. S. del T., que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática.

De esta manera, es imposible desconocer que al someterse a este trámite la persona jurídica se desprende de su capacidad de tomar decisiones para ajustarse a las disposiciones legales, conforme el numeral quinto del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 que reza: “La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce: 5. La terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna quedando sujetas a las reglas del concurso, las obligaciones derivadas de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelaciones que les correspondan”.

Por lo anterior, procederá esta Sala a CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 25 de

febrero de 2020 en cuanto absolvió la pasiva del pago de la indemnización contenida en el artículo 65 del CST.

SANCIÓN MORATORIA- ARTÍCULO 99 LEY 50 DE 1990

Ahora bien, con respecto a la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo correspondiente, es claro para esta Sala que la misma es procedente en este caso por cuanto si bien la empresa se encontraba atravesando por dificultades económicas, como ya se indicó, la apertura del proceso liquidatorio, se dio a partir del día 28 de noviembre del año 2016, de tal suerte que dicha circunstancia no exonera al empleador del pago de las sanciones causadas con anterioridad a dicha liquidación, como es el caso de su omisión en consignar las cesantías correspondientes a los años 2013, 2014 y 2015 en los términos previstos en el artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, pues en situaciones en que una sociedad haya iniciado un proceso de reorganización contemplado en la Ley 550 de 1999, se ha establecido que esa sola circunstancia no significa que el empleador pueda exonerarse de manera automática de la mora causada por incumplimiento de sus obligaciones labores.

Y es que si bien no desconoce la Sala que la iliquidez o crisis económica de un empleador, afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, también es cierto que no debe perderse de vista que a las luces del artículo 28 del CST, éstos no asumen los riesgos o pérdidas del empleador, siendo que además, los créditos de naturaleza laboral son de primera clase y tienen prelación sobre todos los demás, como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990.

Así las cosas, y en virtud a que dentro del plenario no se allegó prueba de la consignación de las cesantías del actor al fondo creado para tal efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, se REVOCARÁ el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada y en su lugar se CONDENARÁ a la empresa CERÁMICA ANDINA, LTDA. al pago de la sanción por no consignación de las cesantías causadas en los años 2013, 2014 y 2015, la cual se calculará teniendo como salario base un el mínimo legal mensual vigente, que fuera aceptado como el devengado por el demandante en su interrogatorio de parte, con excepción del salario del año 2016, ya que según liquidación vista a folio 14 el salario promedio devengado al momento de su retiro fue de $937.439.

No obstante lo anterior, esta Sala de decisión declarará probada la excepción de PRESCRIPCION, con relación a la sanción correspondiente a la no consignación de las cesantías del año 2013, como quiera que dicha acreencia se hace exigible el 15 de febrero del año 2014, y la demanda fue presentada el día 24 de Julio del año 2017, es decir, tres años después de su pertinente exigibilidad, todo ello conforme a lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPL, adeudándose entonces las siguientes sumas de dinero por dicho concepto:

Cesantia no consignada	Periodo de mora	Días de mora	Salario diario	Total
2014	15 febrero 2015 a 14 febrero 2016	360	$ 20.533	$ 7.391.880
2015	15 febrero 2016 a 28 de noviembre 2016	328	$ 31.247	$ 10.249.016
			Total	$ 17.640.896

Se aclara que esta sanción se liquida únicamente hasta el 28 de noviembre de 2016, fecha en el que como se explicó en líneas anteriores, la empresa demandada cedió su capacidad de tomar decisiones para ajustarse a las disposiciones legales establecidas para el proceso de liquidación judicial.

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

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,

I. RESUELVE

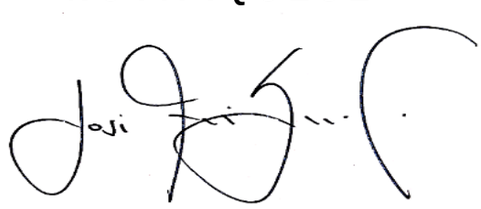
PRIMERO: REVOCAR el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada proferida el 25 de febrero de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta y en su lugar CONDENAR a la empresa CERÁMICA ANDINA, LTDA. al pago a favor del señor ESTEBAN VERGEL de la sanción por no consignación de las cesantías causadas en los años 2014 y 2015 equivalente a la suma de **$17.640.896.oo**

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de PRESCRIPCION con relación a la sanción correspondiente a la no consignación de las cesantías del año 2013, establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1.990 por las razones atrás advertidas.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 060, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2021.

_____
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2018-00203-01
Partida Tribunal: 18981
Juzgado: Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta
Demandante: Deisy Yomara Medina
Demandada (o): Carlos Enrique Martínez
Tema: Contrato de Trabajo
Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el día 05 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-002-2018-00203-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18981promovido por la señora DEISY YOMARA MEDINA en contra del señor CARLOS ENRIQUE MARTÍNEZ SERRANO como propietario de los establecimientos de comercio COMERCIALIZADORA LA SUPERIOR y COMERCIALIZADORA LA SUPERIOR 2.

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

I. A N T E C E D E N T E S

La demandante, por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra del señor CARLOS ENRIQUE MARTÍNEZ SERRANO como propietario de los establecimientos de comercio COMERCIALIZADORA LA SUPERIOR y COMERCIALIZADORA LA SUPERIOR 2, pretendiendo que se declare que entre ellos existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año y en consecuencia, se condene a su empleador al pago las cesantías del año 2016, los intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones del periodo laborado, de la dotación, de la indemnización del artículo 65 CST y de la indexación de las sumas atrás relacionadas.

II. H E C H O S

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 11 y 12 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que estuvo vinculada con el demandado mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año (3 meses), desde el 28 de octubre de 2015, para ejercer las funciones de mercaderista en las instalaciones de la empresa, con un salario de $666.000 mensuales más auxilio de transporte.
2. Que el 21 de junio de 2016 su empleador le envió preaviso de terminación de su relación efectiva a partir del 28 de julio de 2016.

III. NOTIFICACIÓN AL DEMANDADO

Notificado de la admisión de la demanda presentada en su contra, CARLOS ENRIQUE MARTÍNEZ SERRANO como propietario de los establecimientos de comercio COMERCIALIZADORA LA SUPERIOR y COMERCIALIZADORA LA SUPERIOR 2 aceptó la existencia de la relación laboral, así como sus extremos. Se opuso totalmente a las pretensiones, manifestando que no se realizó el pago de la liquidación final de prestaciones

sociales dado que convino con la trabajadora, en hacer un cruce de cuentas, e incluso la trabajadora le adeuda los valores restantes.

Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, buena fe, compensación e inexistencia de la obligación por pasiva.

Presentó igualmente la pasiva, demanda de reconvención en contra de la señora MEDINA GUTIERREZ, pretendiendo el pago del préstamo a ella otorgado a título personal por el valor de dos millones de peos ($2.000.000), frente a lo que la demandante manifestó que no autorizó el descuento de la suma correspondiente a las prestaciones sociales causadas y no es la laboral, la jurisdicción ante la cual debe ventilarse este asunto.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 05 de marzo de 2020, resolvió DECLARAR la existencia de un contrato laboral a término fijo inferior a un año entre la señora DEISY YOMARA MEDINA y el CARLOS ENRIQUE MARTÍNEZ SERRANO desde el 28 de octubre de 2015 y hasta el 28 de julio de 2016, el cual terminó por expiración del plazo pactado, y en consecuencia condenó al demandado al pago de las prestaciones sociales debidas y a la indemnización contenida en el artículo 65 del CST.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que en virtud de los artículos 149 y 151 del CST, siempre que un empleador quiera hacer un descuento o una compensación de algún emolumento, como por ejemplo el salario que recibe determinado trabajador, debe estar autorizado, autorización que no puede ser de cualquier manera sino suscrita por el trabajador, lo cual no ocurrió en este caso, a pesar de que se haya probado la existencia del crédito en cabeza de la señora MEDINA GUTIERREZ.

Así mismo, indicó que el préstamo que realizó el señor Carlos Enrique Martínez Serrano a la señora Daisy Yomara Medina Gutiérrez no se erige como un acuerdo de naturaleza laboral, en virtud a que dicho pagaré al estipular una fecha de cancelación de la deuda, no permite evidenciar que la misma sería cancelada mediante la relación laboral o al momento de culminar

la misma, por lo tanto esta se erige como ajena al contrato de trabajo, por lo que negó la compensación solicitada y ordenó el pago de las prestaciones sociales causadas durante la relación laboral y que no fueron debidamente canceladas.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA

Al encontrarse en desacuerdo con la anterior sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que si bien es cierto entre las partes existió una relación de carácter laboral, no menos cierto es que en virtud de esa relación laboral fue que el señor Carlos concedió el préstamo a su trabajadora, entre otras no porque se lo hiciera de manera personal, toda vez que la señora Deisy, como quedó establecido ante el plenario, le solicitó a la administradora del negocio que le pidiera al señor Carlos que le hiciera un préstamo, que se le hizo no es su condición de persona natural, porque ni siquiera la conocía, era una empleada que habían vinculado en la empresa de la cual él es propietario, y autorizó que se le hiciera el préstamo precisamente porque se trataba de su trabajadora.

Igualmente, no compartió la decisión mediante la cual se impuso a su cargo el pago de la sanción moratoria puesto qué tal y como lo ha firmado la Corte Suprema de Justicia en reiteradas sentencias, la Corte ha señalado que la buena fe debe aplicarse tanto para el empleador al trabajador; que en el presente proceso lo que se evidencia no es precisamente una mala fe del empleador, porque hace un cruce de cuentas a una trabajadora a quien le suministró unos dineros en calidad de préstamo porque era su trabajadora, no porque era un particular, pues ya como lo he manifestado este préstamo lo gestionó la demandante ante la administradora para que a su vez la administradora le solicitará al empleador que le prestara dinero para comprar una moto.

Que como quiera que el empleador nunca suscribió un pagaré con la trabajadora, ni se trató de un préstamo privado, no inició ningún proceso judicial por la vía civil porque consideró que era un préstamo que le hizo a su

trabajadora y que una vez terminado su contrato ella debía devolver los dineros que fueron prestados de buena fe.

Consideró que el hecho de que la trabajadora no hubiera plasmado por escrito, mediante un documento donde se comprometiera a devolver los dineros no le resta la importancia de devolver los dineros que de buena fe se le prestan.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

PARTE DEMANDADA

Solicitó la parte la revocatoria de lo decidido por el señor Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta al condenarlo al reconocimiento de los derechos ya cancelados a la señora demandante en cruce de las cuentas realizado bajo su consentimiento, mediante la compensación del préstamo que de buena fe le fue autorizado por el demandado para poderse comprar una moto, la cual disfruta y mantiene.

Indicó que del acervo probatorio se evidencia el actuar de buena fe por parte del demandando, al autorizar el préstamo y permitirle a la demandante adquirir el medio de transporte que necesitaba; informó que a la fecha adeuda al demandado la suma de $873.650.00 los cuales se negó a devolver, utilizando esta demanda para obtener beneficios indebidos en una actitud desafortunada, reprochable e inaceptable, en razón a que ha sido ella la única beneficiaria y hoy pretende valerse de la presente acción para no devolverlos.

PARTE DEMANDANTE

Alegó la parte que se probó en el transcurso del proceso que el demandado jamás canceló a la actora los dineros de la liquidación final de prestaciones sociales, tal y como se puede observar en la anotación hecha en la liquidación

aportada al proceso por la defensa del señor CARLOS ENRIQUE MARTINEZ SERRANO, donde debajo del espacio para la firma de la señora MEDINA se escribe que se hizo cruce de cuentas, situación que también fue corroborada por la testigo LEILA MEZA al rendir su testimonio; indicó que ese cruce de cuentas que señala la parte demandada tiene una prohibición de orden legal y está consagrada en el artículo 59, numeral 1, del Código Sustantivo del Trabajo, donde se prohíbe expresamente deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de estos para cada caso, o sin existir mandamiento judicial.

Informó que la testigo LEILA MEZA fue clara en señalar que la demandante no había otorgado ninguna autorización para realizar este descuento, y el demandado en interrogatorio de parte señaló que no conocía de autorización alguna hecha por la actora, quedando demostrado que el cruce de cuentas alegado no fue otra cosa que una acción unilateral y arbitraria del señor CARLOS ENRIQUE MARTINEZ SERRANO, al descontar sin autorización expresa de la demandante y sin existir orden judicial, los dineros de la liquidación final de salarios y prestaciones de la señora DEISY YOMARA MEDINA GUTIERREZ.

Una vez cumplido el término otorgado para el efecto, sin que la parte activa hubiese hecho uso de su derecho a alegar, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

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

Conforme a los argumentos sostenidos por la Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si estaba autorizado legalmente el señor CARLOS ENRIQUE MARTÍNEZ

SERRANO como propietario de los establecimientos de comercio COMERCIALIZADORA LA SUPERIOR y COMERCIALIZADORA LA SUPERIOR 2 y como empleador de la señora DEISY YOMARA MEDINA GUTIERREZ para descontar de la liquidación final de prestaciones sociales de la trabajadora en el momento de la terminación del contrato laboral, las sumas debidas por ella en virtud de un préstamo que le fuera otorgado por aquel.

Se aclara que no fue objeto de discusión dentro del proceso, la existencia de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año entre las partes, el cual estuvo vigente desde el 28 de octubre de 2015 y el 28 de julio de 2016, y que terminó por expiración del plazo pactado y sin que el empleador cancelara a favor de la trabajadora, los valores adeudados por concepto de prestaciones sociales causadas a su favor, ya que procedió a realizar una compensación de la suma a él debida por parte de la señora MEDINA GUTIÉRREZ, fruto de un préstamo de dos millones de pesos ($2.000.000) que le fuera concedido.

Así las cosas, con el propósito de resolver el problema jurídico planteado, conviene traer a escena el artículo 59 del CST, que señala lo siguiente:

> ARTICULO 59. PROHIBICIONES A LOS {EMPLEADORES}. Se prohibe a los {empleadores}:
> 1. Deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial, con excepción de los siguientes:
> a). Respeto de salarios, pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400.

En concordancia con lo anterior, el artículo 149 de CST consagra los descuentos prohibidos al empleador, quien “no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. 2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por la ley. 3. Los empleadores quedarán obligados a efectuar oportunamente los descuentos

autorizados por sus trabajadores que se ajusten a la ley. El empleador que incumpla lo anterior, será responsable de los perjuicios que dicho incumplimiento le ocasione al trabajador o al beneficiario del descuento".

En esta misma línea, el artículo 151 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 19 de la Ley 1429 de 2010 consagra que "*El empleador y su* ***trabajador podrán acordar por escrito*** *el otorgamiento de préstamos, anticipos, deducciones, retenciones o compensaciones del salario, señalando la cuota objeto de deducción o compensación y el plazo para la amortización gradual de la deuda."*

Frente a esta exigencia de una autorización expresa dada por el trabajador para efectuar descuentos de su salario o prestaciones sociales, la HCSJ en su sentencia SL735-2021 demarcó la diferencia que se presenta dependiendo del momento en que se van a realizar dichos descuentos, así:

> A propósito de si es ajustado a la ley cuando se **termina un contrato de trabajo**, efectuar descuentos al trabajador **sin su previa autorización expresa para ello** y dar cabida a la compensación de obligaciones, la Corte en la sentencia CSJ SL868-2020, rad. 71859, manifestó:
>
> > *A fin de precisar el criterio jurídico que ha adoctrinado esta Sala sobre el correcto alcance de los artículos 59 y 149 del Código Sustantivo del Trabajo, esta Corporación memora que ya se han emitido diferentes pronunciamientos dejando claro que, aunque la legislación laboral propende por la protección de los derechos de los subordinados a fin de que no se presenten descuentos arbitrarios por parte de sus empleadores, ello no quiere decir que se esté exonerando a los trabajadores de cumplir sus obligaciones y deberes contraídos legítimamente con su contratante, porque sería tanto como obstaculizar la ayuda que los empresarios pueden prestarle a sus trabajadores a través de préstamos, lo que va en contravía de la pretensión del legislador.*
> >
> > *Además, ésta Corte igualmente señaló que* ***los descuentos no autorizados por el asalariado no son legales mientras se encuentre vigente la relación laboral, pero una vez ésta termine, no tiene la misma connotación, porque también desparece la garantía para el crédito otorgado por el empleador, que lo es el salario y las***

***prestaciones sociales**. En consecuencia, los contratantes vuelven «al plano de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual». Así lo expresó la sentencia CSJ SL, 5 nov. 2008, rad. 27282, al tratar el tema bajo estudio, en la que señaló:*

Respecto del alcance del numeral 1 artículo 59 del CST esta Sala ha precisado:

En el cargo se acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida del numeral 1º del artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, que prohíbe al empleador deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones sin autorización expresa y por escrito para cada caso por parte del trabajador".

Es cierto que el Tribunal al darle valor a la autorización otorgada por el trabajador al momento de suscribir el contrato de trabajo y para que obrara por deudas de cualquier concepto, no se ajustó de manera exacta a los requerimientos del numeral 1º del artículo 59 del C.S. del T.; en consecuencia el cargo tiene fundamento pero no prosperidad porque al entrar a hacer las consideraciones de instancia se advertiría lo siguiente:

Presupuesto previo a dilucidar las características con que se ha de revestir el otorgamiento de una autorización de descuento, es el determinar si ésta es o no exigible".

*Las restricciones al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización tiene carácter protector plenamente justificado **durante la vigencia del contrato de trabajo**, es decir, cuando está en pleno vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador.*

*Pero para el momento de terminación del contrato la subordinación desaparece, **como también fenece el carácter de garantía que los salarios y prestaciones sociales ofrecían para los créditos dados por el empleador al trabajador** y otorgados para el cabal desarrollo del objeto del contrato de trabajo por suministro de equipos, materiales o de las sumas entregadas para su adquisición, o para el bienestar del trabajador bajo la forma de anticipos de salario, o de préstamos para solucionar necesidades de seguridad social, ora por vivienda, salud, o calamidad doméstica.*

La consecuencia razonable de que los créditos laborales consolidados o de los que se tuviere la expectativa de que se van a generar por la subsistencia del vínculo laboral futuro, se hubieren ofrecido como garantía de pago de dinero es que valgan como tales y por tanto obren sin restricciones en el momento límite de su eficacia, esto es para cuando se ha de liquidar el contrato de trabajo y se clausura la posibilidad de la causación de más salarios o prestaciones sociales.

Tiene decisiva incidencia el momento en el cual se hace valer el descuento, para determinar si se requiere o no la autorización de descuento, ***pues si es el de la terminación del contrato de trabajo, porque (sic) hasta allí es el ámbito en que actúa la vocación tuitiva que inspira el artículo 59 del C.L. sin producir consecuencias adversas en el mundo laboral; si a los créditos laborales se les niega su valor pignoraticio por no poder obrar frente a ellos la compensación en el momento de la terminación del contrato, se afecta la fluidez de aquellas relaciones laborales para cuyo cabal desarrollo se deban entregar valores al trabajador; o el que los trabajadores se beneficien de formas de crédito empresariales que no pueden obtener en el mercado financiero.***

Así mismo en sentencia SL 525 de 2020 rad. 74.363 con ponencia del Dr. Rafael Britto señalo:

Los preceptos normativos que considera el censor haber sido objeto de una interpretación errónea, son los que a continuación se transcriben, que a la letra rezan:

ARTICULO 59. PROHIBICIONES A LOS {EMPLEADORES}. Se prohíbe a los {empleadores}:

1. Deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial, con excepción de los siguientes:

a). Respeto de salarios, pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400.

b). Las cooperativas pueden ordenar retenciones hasta de un cincuenta por ciento (50%) de salarios y prestaciones, para cubrir sus créditos, en la forma y en los casos en que la ley las autorice.

ARTÍCULO 149. 1. El {empleador} no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el {empleador}, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados, o pérdidas o averías de elementos de trabajo; avances o anticipos de salario; entrega de mercancías, provisión de alimentos, y precio de alojamiento.

2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional, o la parte del salario declarada inembargable por la ley, o en cuanto el total de la deuda supere al monto del salario del trabajador en tres meses.

De la norma transcrita es dable entender que no se puede descontar, retener, deducir o compensar valor alguno del sueldo o prestaciones de un trabajador sin la autorización expresa y por escrito de éste durante la vigencia de la relación de trabajo, para evitar abusos por parte de las empresas, pero nunca ha sido el objetivo de la ley exonerar de responsabilidades al trabajador frente a sus deudas para con la empresa.

Difiere el entendimiento de la norma cuando se está en el momento de la terminación de la relación de trabajo y el trabajador presenta deudas para con su empleador; en estos casos no se requiere, en rigor, de autorización escrita de descuento, pues las normas prohibitivas de la compensación o deducción

sin autorización expresa del trabajador, rigen durante la vigencia del contrato de trabajo, pero no cuando éste termine.

Al respecto la Sala en sentencia CSJ SL712-2013, expresó:

> Ha dicho la Sala que la restricción al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización, se justifica en el desarrollo de la relación de trabajo, pues en ese momento aún se encuentra en vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador (CSJ SL, 10 sep. 2003, rad. 21057; CSJ SL, 12 nov. 2004, rad. 20857; CSJ SL, 12 may. 2006, rad. 27278; CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 27425; CSJ SL, 3 jul. 2008, rad. 32061). De suerte que, una vez finalizado el contrato de trabajo, la subordinación desaparece al igual que el respaldo crediticio que ofrecen los salarios y prestaciones devengados por el trabajador y, en ese orden, es admisible, dentro de los límites legales y de forma proporcional, que el empleador acuda a la figura de la compensación como modo para extinguir las obligaciones, entre ellas, la del trabajador de satisfacer los créditos que de buena fe le hayan sido otorgados.

Asimismo, en sentencia CSJ SL16794-2015, se manifestó:

> Aquí y ahora, bien vale la pena recordar lo adoctrinado en sentencia del 3 de julio de 2008, radicación 32.061, en cuanto a que la compensación en materia laboral, a la terminación de la relación laboral, **procede aún sin la necesidad de autorización escrita del trabajador**, ya que la obligación de la empleadora de solicitar autorización judicial para la deducción de la cifra que supere el límite legal de tres salarios mensuales, es un requisito que consagra el artículo 149 del C. S. del T. para el caso de deudas contraídas en vigencia del contrato de trabajo sobre el salario y que pretendan ser **deducidas también en ejecución del mismo**. Con ello la Ley busca garantizar que no se afecte el salario o ingreso del trabajador que pretenda endeudarse con su empleador. Lo mismo sucede con la vocación tuitiva que se desprende de lo regulado por el artículo 59 numeral 1° ibídem que va hasta el momento de la ruptura del vínculo laboral. Sobre el tema también se pueden consultar los fallos de casación del 10 de septiembre de 2003 radicado 21057, reiterado en decisiones del 12 de noviembre de 2004, 12 de mayo y 19 de octubre de 2006, radicación 20857, 27278 y 27425 respectivamente.

De conformidad con lo anterior, se encuentra en paz la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ conforme a los descuentos o compensaciones salariales mientras esté vigente el contrato de trabajo, ya que bajo ningún concepto se pueden extraer valores del salario sin el previo consentimiento del trabajador, independientemente de la deuda que anexe para con el empleador, sea esta de cualquier carácter (laboral, civil o comercial), dadas las características propias del contrato de trabajo, que tiene una serie de garantías previstas por la Ley y que difieren de los demás tipos de relaciones contractuales de índole privado.

Sin embargo, es claro que si el descuento se pretende efectuar al momento de la terminación del contrato de trabajo, al finiquitar la relación de subordinación que unía las partes, así como la garantía que ofrecía para el empleador prestamista la generación de salarios y prestaciones sociales, la autorización mencionada en las normas previamente citadas no es necesaria, **siendo posible para la parte que otorgó el préstamo, compensar, de manera automática, la suma a él debida, de la liquidación final de la que es acreedor el trabajador.**

CASO CONCRETO

Teniendo claro lo anterior, revisando las pruebas allegadas al proceso encontramos que a folio 37 se allegó por parte del demandado, la liquidación de prestaciones sociales laborales de la señora DEISY YOMARA MEDINA GUTIERREZ, correspondientes al periodo del 28 de octubre de 2015 al 28 de julio de 2016, por un valor total de $819.380, leyéndose, en la parte inferior al espacio reservada para la firma de la trabajadora que se implementó una “Cuenta Cruzada”.

A folios 40 a 42 se observa el pago de la prima de servicio correspondiente al segundo semestre de 2015, el primero de 2016 y la consignación del auxilio de cesantías del año 2015, respectivamente, habiéndose allegado a folios 43 a 52 los certificados de aportes al sistema de seguridad social integral de la

demandante expedidos por Asopagos, S.A. y que fueron cancelados durante la relación laboral.

Con respecto al préstamo otorgado por el señor CARLOS ENRIQUE MARTÍNEZ a la señora DEISY YOMARA MEDINA GUTIERREZ, se observa a folio 56 el PAGARÉ N°001 suscrito por esta, documento en que indica que se compromete a pagar la suma de DOS MILLONES DE PESOS ($2.000.000) a la orden de aquel, sin que se especifique la fecha en que será cancelada dicha suma.

Igualmente, en la contestación a la demanda de reconvención presentada por el demandado, la señora MEDINA GUTIERREZ **acepta el otorgamiento del mentado préstamo, el día 26 de abril de 2016, sin que hubiera alegado el pago del mismo.**

En su interrogatorio de parte, la demandante precisó que al momento de su retiro de la empresa, y previo al “cruce de cuentas”, aún debía de su préstamo la suma de $873.650; que adicionalmente la señora LEILA MEZA le prestó $1.000.000, suma que aún no ha cancelado.

El anterior recuento jurisprudencial y probatorio exhibe como verdad irrefutable que, en este caso, el descuento efectuado por el demandado a la demandante estuvo a todas luces ceñido a la ley, por cuanto es claro, en primer lugar, que el préstamo otorgado a la señora DEISY YOMARA MEDINA GUTIERREZ se dio dentro de un contexto regido por un contrato de trabajo, en el cual si bien es cierto sus actores son dos particulares, también lo es que trataba de una relación empleador/trabajadora, en la cual el salario y las prestaciones sociales que eran percibidas por esta de parte de aquel, fungían como una garantía al pago de la suma entregada en calidad del mutuo otorgado, garantía esta que, una vez fulminado el vínculo laboral sirvió como generador de la confianza en el acreedor respecto de la satisfacción efectiva del pago por parte de su deudora, se extinguió también.

En tal virtud, y al ser exigible al momento de la finalización del vínculo existente entre las partes el préstamo otorgado a la señora MEDINA GUTIÉRREZ, en tanto no probó esta que se hubiera pactado una fecha de exigibilidad que trascendiera los límites temporales impuestos por el contrato

de trabajo, le era dable al empleador descontar de la suma liquidada como prestaciones sociales causadas hasta ese momento, el valor aún debido sin que se erigiera como imprescindible la autorización expresa dada por la deudora/trabajadora para el efecto, so pena de ilegalidad de tal compensación.

De esta suerte, diáfano surge la equivocación del fallador de primer grado, cuando declaró apresuradamente que el descuento analizado carecía de validez por vulnerar lo reglado en la codificación laboral, sin que realizara el estudio de la interpretación jurisprudencial desarrollada por el órgano de cierre de esta jurisdicción, relacionada con la identificación del instante mismo en que se impone la compensación atacada, en este caso después de fulminada la relación laboral, lo cual, como se vio, es de vital importancia, ya que de este aspecto pueden generarse posturas diametralmente opuestas.

Así las cosas, no queda otro camino a esta Sala que **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el día 05 de marzo de 2020 y en su lugar, se DECLARARÁ PROBADA la excepción de COMPENSACIÓN propuesta por la pasiva, y en consecuencia se ABSOLVERÁ al señor CARLOS ENRIQUE MARTÍNEZ SERRANO como propietario de los establecimientos de comercio COMERCIALIZADORA LA SUPERIOR y COMERCIALIZADORA LA SUPERIOR 2 de las pretensiones incoadas por la señora MEDINA GUTIERREZ relacionadas con el pago de las prestaciones sociales causadas al momento de la terminación de su vinculación laboral.

Y así como se concluyó que la compensación era procedente y por tanto no debía el empleador suma alguna por concepto de salarios y prestaciones sociales a la trabajadora al momento de la finalización de su vínculo laboral, se genera como consecuencia inequívoca la improcedencia de la condena al pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, que tiene como presupuesto básico para su configuración , la ausencia de pago de aquellas acreencias, debiéndose entonces REVOCAR la condena impuesta en el literal e) del numeral segundo de la sentencia atacada y en su lugar, ABSOLVER al demandado de la mentada sanción.

Como consecuencia del anterior análisis, necesario deviene REVOCAR la totalidad de las condenas impuestas al empleador en la sentencia atacada, y en tal sentido, se condenará en costas de ambas instancias a la parte vencida en la presente actuación, a saber, la demandante, en acatamiento a lo ordenado por el numeral 4 del artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho de segunda instancia, el valor de CIEN MIL PESOS ($100.000) a cargo de la señora DEISY YOMARA MEDINA GUTIÉRREZ y en favor del demandado, ordenándose al Juez A quo fijar las agencias correspondientes a la primera instancia y liquidar el monto global de las mismas.

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la totalidad de las condenas contenidas en la sentencia apelada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el día 05 de marzo de 2020, conforme a lo advertido en la anterior motivación.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de COMPENSACIÓN propuesta por el señor CARLOS ENRIQUE MARTÍNEZ SERRANO como propietario de los establecimientos de comercio COMERCIALIZADORA LA SUPERIOR y COMERCIALIZADORA LA SUPERIOR 2 y, en consecuencia, ABSOLVERLO de las pretensiones incoadas en su contra por la señora DEISY YOMARA MEDINA GUTIÉRREZ

TERCERO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte vencida en la presente actuación, es decir, a la demandante, en acatamiento a lo ordenado por el numeral 4 del artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho de segunda instancia el valor de CIEN MIL PESOS ($100.000) a cargo de la señora DEISY YOMARA MEDINA GUTIÉRREZ y en favor del demandado, ordenándose al Juez A quo fijar las

agencias correspondientes a la primera instancia y liquidar el monto global de las mismas.

N O T I F Í Q U E S E

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 060, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2021.

_____
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Ref.: APELACIÓN DE SENTENCIA
PROCESO ORDINARIO LABORAL
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2019-00031-00
Partida Tribunal: 18956
Demandante: MARÍA DEL SOCORRO SANABRIA ACEVEDO
Demandada (o): COLPENSIONES
Tema: INTERESES MORATORIOS

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno.

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 18 de febrero de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-002-2019-00031-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 18956 promovido por la señora MARÍA DEL SOCORRO SANABRIA ACEVEDO en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

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

I. A N T E C E D E N T E S

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, demanda a la entidad anteriormente mencionada, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se le condene a reconocer y pagar los intereses de mora generados sobre las mesadas causadas en el lapso del 14 de junio de 2013 al 30 de noviembre de 2018, liquidados a partir del 02 de junio de 2017 y contabilizados hasta el 01 de diciembre de 2018.

II. H E C H O S

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

1. Que presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, solicitando que se le reconociera la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante JORGE HERNÁN MUNEVAR, la cual correspondió por reparto al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.
2. Que el día 02 de febrero de 2017 en desarrollo de la audiencia de conciliación, las partes llegaron al siguiente acuerdo:
    a. La entidad le reconoció la calidad de beneficiaria de la prestación solicitada, y le cancelaría las mesadas causadas a partir del 14 de julio de 2013, en una cuantía equivalente al smlmv.
    b. La entidad le cancelaría el retroactivo pensional y la inclusión en nómina se efectuaría dentro de los cuatro meses siguientes a la celebración de dicha audiencia.
3. Que trascurrieron más de 7 meses contabilizados desde la fecha en que se debía haber cumplido con el acuerdo conciliatorio y la accionada no dio cumplimiento al mismo.
4. Que la entidad, mediante Resolución N°Sub278941 de octubre 24 de 2018, la incluyó en nómina, a partir del 14 de junio de 2013, pagando las mesadas causadas desde esa fecha el 01 de diciembre de 2018.
5. Que agotó reclamación administrativa el 12 de diciembre de 2018.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificada la demanda, COLPENSIONES dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra, manifestando que en ocasiones la entidad a cargo del reconocimiento y pago de una pensión puede ser sancionada a pagar intereses por la tardanza en las mesadas de sus asegurados, pero no es el caso de la demandante, toda vez que las mismas, desde que se reconoció por medio de acto administrativo, se ha venido pagando dentro de los plazos legales; alegó que los intereses deprecados se generan sobre una mesada pensional que una vez sea reconocida mediante el acto administrativo, ha debido pagarse y no se hace sin importar la razón que haya tenido la entidad para tal proceder.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER EL INTERESES MORATORIO QUE CONSAGRA EL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993, BUENA FE DE LA DEMANDADA, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 18 de febrero de 2020, declaró que la demandante tiene derecho al reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia condenó a COLPENSIONES al pago de $13.274.233 por dicho concepto, sin perjuicio de la indexación que se cause desde el 01 de enero de 2019 y hasta que se efectúe su pago.

Fundamentó el Juez A quo su decisión en el hecho que se probó que existe mora en el reconocimiento y pago de la pensión y su retroactivo en favor de la demandante María socorro Sanabria, sobre lo cual no se evidencia una justificación que releve la imposición de estos intereses moratorios que se deprecan en la demanda, en los términos que ha decantado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

V. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada se encontró en desacuerdo con la anterior sentencia, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que en el presente caso no se presentó mora en el pago de las respectivas mesadas pensionales reconocidas a favor de la señora María Socorro Sanabria Acevedo, por lo tanto, no es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios por cuanto como lo expresa la ley, los intereses moratorios comienzan a causarse en la mora de las mesadas pensionales una vez se haya expedido el acto administrativo que reconoce la prestación, situación que no se evidenció en el presente caso, puesto que desde que se le reconoció la prestación por medio de resolución SU278941 el 24 octubre 2018 el pago de las respectivas mesadas pensionales se hizo el tiempo, no generando así ningún interés moratorio.

Indicó que los efectos del acuerdo conciliatorio fueron avalados en su momento en el Juzgado Primero Laboral del Circuito, y aceptados por el hoy demandante, sin que con ello se hubieran relacionado en el momento hechos ciertos e indiscutibles, de lo que se tiene que frente a los intereses en mora aceptó en el acta de conciliación, lo siguiente:

“Asimismo, se debe señalar que respecto a los intereses moratorios, los mismos no proceden dado que no se ha operado por parte de esta administradora un retraso injustificado para el pago de la prestación económica, así pues la Ley 100 de 1993 en su artículo 141 dispone que a

partir del 1º de enero de 1994 en caso de mora en el pago mesadas pensionales de qué trata la Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará el pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe ella la tasa máxima del interés moratorio vigente al momento en que se efectúe el pago".

Alegó que para la procedencia de los intereses moratorios es menester que incurran dos requisitos: el primero, que exista una pensión legalmente reconocida, y el segundo, que la administradora encargada de efectuar el pago haya incurrido en mora injustificada en el pago la mesada pensional.

Precisó que la entidad se desempeña dentro los parámetros legales, siendo responsable y procediendo con lealtad; que las resoluciones proferidas por Colpensiones son producto un estudio llevado a cabo por funcionarios idóneos, debiéndose resaltar su buena fe en la labor misional, que surge precisamente de la estricta aplicación de la Constitución, la Ley y la jurisprudencia.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

1. **PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES.** Reiteró la parte lo manifestado en su contestación y su recurso de apelación, trayendo además a colación las sentencias proferidas por la HCSJ del 21 feb. 2012, rad. 44793, en la que se reiteró la CSJ SL, 3 sep. 2003, rad. 21027.

   Indicó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, resulta procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, cuando existe mora o retardo en el pago de las mesadas pensionales ya reconocidas, por lo cual procedería el pago de los citados intereses única y exclusivamente a partir de la fecha en que fue expedido el acto administrativo mediante el cual se ordenó el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas pensionales, siempre y cuando no se haga efectivo el respectivo pago a través de la nómina de pensionados, situación que no se presenta en el presente caso, toda vez que a la actora le fue reconocida una pensión de sobreviviente mediante Resolución SUB 278941 del 24 de octubre de 2018, con fecha de inclusión en nómina en el mes de noviembre de 2018, cumpliendo de esta manera con el pago de la prestación solicitada en la forma prevista por las normas aplicables al caso sub examine, razón por la cual no resulta procedente el pago de intereses

moratorios.

Solicitó que se tenga en cuenta la excepción de prescripción formulada en la contestación de la demanda, y se declare tal excepción, tanto de la acción laboral como de los derechos sustanciales que pudieren verse afectados por dicho fenómeno, si a ello hubiere lugar, sin que la proposición de esta excepción implique reconocimiento expreso o tácito de la existencia de los derechos reclamados, por vía del presente proceso ordinario laboral.

En cuanto a la condena en costas, manifestó no estar de acuerdo, puesto que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en desarrollo de sus actos, se desempeña dentro de los parámetros legales, siendo responsable y procediendo con lealtad y sus resoluciones son producto del estudio llevado a cabo por funcionarios idóneos.

Una vez cumplido el término establecido para el efecto, sin que la parte demandante ejerciera su derecho a presentar alegaciones finales, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y las argumentaciones manifestadas por el apoderado judicial de la demandada, el **problema jurídico** que amerita la atención de la Sala se contrae a determinar si en este caso es procedente la condena al pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en cabeza de COLPENSIONES y a favor de la demandante, por la tardanza atribuida a la primera, en la inclusión en la nómina de pensionados de la segunda.

Solicitó la señora MARÍA DEL SOCORRO SANABRIA ACEVEDO el pago a su favor de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la entidad demandada, en audiencia de conciliación llevada a cabo el 02 de febrero de 2017 frente al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, se obligó a reconocer a su favor, la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de MUNEVAR MALDONADO JORGE HERNAN JOSÉ, desde el 14 de junio de 2013, con su respectivo retroactivo.

Dichas obligaciones se encontraban a cargo de la entidad, en los términos consignados en la Certificación N°49493 vista a folios 3 a 8 del expediente, en la cual se indicó que “en caso de llegar a un acuerdo conciliatorio y de aprobarse por parte del Juez competente, Colpensiones expedirá el

correspondiente acto administrativo y pagará los valores reliquidados y el retroactivo al que haya lugar dentro de los 4 meses siguientes a la notificación del auto que apruebe la conciliación correspondiente", cuatro meses estos que, contados a partir de la fecha de la audiencia de conciliación, se vencían el 02 de junio de 2017.

Sin embargo, pasada esta última data, fue únicamente hasta el 24 de octubre de 2018 que, en cumplimiento del acuerdo conciliatorio, la entidad la Resolución SUB278941, en la cual reconocía y ordenaba el pago de la prestación acordada a favor de la señora SANABRIA ACEVEDO, precisando que las prestaciones serían ingresadas "en la nómina del periodo 101811 que se paga en el periodo 201812", tardanza esta que, a juicio de la acreedora, genera los intereses aquí discutidos.

Frente a esta solicitud, la pasiva indica que los intereses deprecados se generan sobre una mesada pensional que una vez sea reconocida mediante el acto administrativo, ha debido pagarse y no se hace sin importar la razón que haya tenido la entidad para tal proceder, resaltando igualmente la buena fe de la entidad en su proceder.

INTERESES MORATORIOS

En punto a los intereses contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pacífica es la postura de la Sala de Casación Laboral de la HCSJ en cuanto indica que estos se generan no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, ***sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no han comenzado a pagar las mesadas correspondientes*** (Sala de Casación Laboral C.S.J Rad. 33.761 del 31 de marzo de 2009), siempre y cuando no exista justificación para el retardo, pues si es evidente la misma, debe exonerase a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454).

Al respecto, indicó la Alta Corporación en su sentencia con Rad. 33.761 lo siguiente:

> Es cierto que la norma habla de la mora en el pago de las mesadas, pero es indiscutible que ese retardo se presenta, y con mayor razón, cuando, a pesar de tener el afiliado o beneficiario el derecho a la prestación, ésta no se le reconoce oportunamente, pues, obvio es concluir que, en ese específico evento, no se están pagando las mesadas correspondientes y por ello se incurre en mora.
>
> Por lo tanto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 debe aplicarse no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no se han comenzado a pagar las mesadas

correspondientes.

Así mismo, y con relación a la buena fe alegada por la entidad, conviene traer a escena lo indicado por la HCSJ en su sentencia SL1483-2021 en el sentido que “para la procedencia de los intereses moratorios basta que se acredite la mora en el cumplimiento de la obligación pensional, así lo ha dispuesto esta Corporación al precisar que aquellos réditos no tienen el carácter de sanción, sino que su finalidad es resarcir a quienes cumplieron los requisitos para acceder al derecho, y se ven afectados por la demora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, de suerte que para su procedencia, no es indispensable análisis alguno de buena o mala fe o que la entidad obligada justifique su falta de reconocimiento, por supuestas dudas en el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma, pues lo que genera la consecuencia prevista es el simple retardo en el pago de la prestación económica (CSJ SL, 12 jun. 2003, rad. 18789, CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, CSJ SL400-2013 y CSJ SL1914-2019)”, advirtiendo el alto Tribunal que excepcionalmente la entidad se encuentra exonerada del pago de los citados intereses, en casos precisos, bien sea cuando la administradora de pensiones hubiese negado el derecho con apego minucioso a la ley vigente aplicable al caso concreto o cuando el reconocimiento de la prestación obedeció a un cambio de criterio jurisprudencial que dicha entidad no podía prever.

Con fundamento en lo anterior, queda claro que es suficiente que se demuestre el retraso en el cumplimiento de una obligación pensional que se encuentre en cabeza de una entidad, en este caso el pago de las mesadas pensionales a cargo de COLPENSIONES y a favor de la señora MARÍA DEL SOCORRO SANABRIA ACEVEDO, para que proceda el pago de los intereses moratorios, obligación esta que fue aceptada voluntariamente por aquella mediante conciliación judicial llevada a cabo el día 02 de febrero de 2017 y en la que fue la misma entidad la que estableció como condición temporal para la inclusión en nómina de la demandante, el trascurso de cuatro meses posteriores a dicha diligencia, habiéndose materializado la misma únicamente hasta el mes de diciembre de 2018, término de casi 22 meses, que supera con creces el establecido.

Es por esto que, al estar probada de manera objetiva la existencia de la obligación en cabeza de la pasiva y la tardanza en su aplicación efectiva, surge patente la procedencia de la imposición de los intereses deprecados, en los términos establecidos por el Juez A quo, es decir, desde el 2 de junio de 2017 y hasta el mes de diciembre de 2018 en una cuantía de $13.274.233, con su correspondiente indexación, liquidación esta que no fue objeto de reparo por la pasiva en su recurso de apelación, por lo que se mantendrá incólume.

Con respecto al argumento esbozado por la pasiva en su recurso relacionado con el hecho que en el acta de conciliación quedó consignado que los

intereses moratorios no proceden “dado que no se ha operado por parte de esta administradora un retraso injustificado para el pago de la prestación económica”, se considera que esta aclaración hace referencia a los intereses que se pudieron haber causado entre la solicitud de la pensión de sobrevivientes que hiciere la demandante ante la entidad previo a la interposición de la demanda que dio inicio al proceso judicial con radicado 2016-00246 y hasta la audiencia de conciliación que dio fin al mismo, y no a los que se pudieran generar en adelante, debiéndose descartar esta línea de defensa.

Por último, con relación a la condena en costas impuesta a la entidad, se indica que esto no fue motivo de inconformidad por la parte condenada en la sustentación de su recurso; sin embargo, se aclara que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto dicha entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y por tanto, fue vencida en el proceso, a su cargo deberán imponerse las costas.

Así las cosas, procederá esta Sala a CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada proferida por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 18 de febrero de 2020.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS ($877.803 m/cte.) a cargo de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES y en favor de la señora MARÍA DEL SOCORRO SANABRIA ACEVEDO.

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

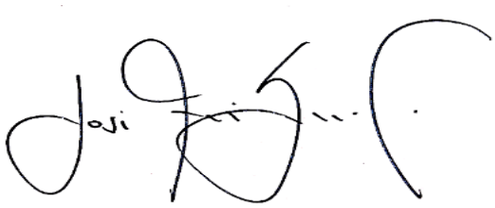
VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 18 de febrero de 2020.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P.

En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS ($877.803 m/cte.) a cargo de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES y en favor de la señora MARÍA DEL SOCORRO SANABRIA ACEVEDO.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 060, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2021.

Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

RAD: 54-001-31-05-003-2015-00573-01
P.T. No. 18239
REF: ORDINARIO
DEMANDANTE: YAKSON EDUARDO CONTRERAS
DEMANDADO: COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.
SEGUROS DEL ESTADO y OTROS

Como la liquidación de cesantías, Liquidación intereses a las cesantías, liquidación prima, vacaciones, liquidación indemnización Art. 99 Ley 50/90 y liquidación indemnización moratoria Art. 65 C.S. T.), no supera el equivalente a 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2020 ($ 102.854.00), **no se concede** para ante el superior el recurso de casación interpuesto por la pasiva Comunicación Celular Comcel contra la sentencia del 12 de marzo de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVER NARANJO
MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

P.T. No.18239

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 060, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2021.

_____
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Juzgado Tercero Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-003-2019-00165-00
Partida Tribunal: 18983
Demandante: JOSÉ SANTOS ORTEGA LIZCANO
Demandada (o): COLPENSIONES
Tema: PENSIÓN DE VEJEZ
Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, treinta y uno de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala de decisión Labora del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 05 de febrero de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2019-00165-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 18983 promovido por el señor JOSÉ SANTOS ORTEGA LIZCANO en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA JURÍDICA.

Se RECONOCE personería Jurídica a la Dra. JOHANNA GISELL SALAS TUPAZ, en calidad de apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES de conformidad con el poder otorgado por el apoderado principal doctor LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO según consta en Escritura Pública No. 3372 del 02 de septiembre de 2019 otorgada por la Notaría Novena (9°) del Círculo Notarial de Bogotá, allegado por el correo institucional.

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

I. A N T E C E D E N T E S

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, demanda a la entidad anteriormente mencionada, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se ordene a reconocer y pagar la pensión de vejez, a partir del 30 de octubre de 2018, por cumplir los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, esto es 1.300 semanas y 62 años de edad; así mismo, a la indexación de las sumas adeudadas, al pago de los intereses moratorios y al pago de costas procesales.

II. H E C H O S

El demandante fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos: que laboró como docente al servicio de la Secretaría de Educación del Departamento de Norte de Santander desde el 30 de marzo de 1995 hasta el 29 de marzo de 2015 (20 años) y le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación mediante resolución No.03958 del 15 de octubre de 2015 por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; que al cumplir los 62 años el 22 de noviembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez por las 1468.29 semanas cotizadas; que COLPENSIONES negó la prestación.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, ésta dio contestación admitiendo parcialmente los hechos y se opuso a la totalidad de pretensiones manifestando que, el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez por ser incompatible con la prestación económica que actualmente recibe por parte del Fondo de Prestaciones Social del Magisterio, además, por no encontrarse inmerso dentro de las excepciones consagradas en el art. 19 de la Ley 4 de 1992 para optar por doble asignación pensional. Propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe, la prescripción y la innominada.

El Ministerio Público a través del Procurador Delegado para Asuntos Laborales y de la Seguridad Social se pronunció, argumentando que el actor cumple con los presupuestos previstos en la Ley 100 de 1993

modificada por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez desde el 1º de noviembre de 2018.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 05 de febrero de 2020, declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, en consecuencia, la CONDENÓ a reconocer y pagar al demandante JOSÉ SANTOS ORTEGA LIZCANO, la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, desde el 30 de octubre de 2018, con la respectiva liquidación según lo establecido en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 23 de marzo de 2019, sobre las mesadas pensionales causadas mes a mes y al pago de las costas procesales.

Fundamentó la juez A quo su decisión en el hecho que, no existe incompatibilidad entre la pensión de jubilación recibida por el demandante a través del Magisterio y la reclamada ante COLPENSIONES por ser cotizaciones aportadas en diferentes sectores, uno público y el otro privado; que el actor cumplió con los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, al reunir 1468 semanas de cotización y 62 años de edad el 30 de octubre de 2018; que para determinar la cuantía, se deberá dar aplicación a lo establecido en los artículos 21 y 34 de la ley 100 de 1993; que proceden los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del mes de marzo de 2019 porque la pensión fue reclamada en noviembre de 2018 y fue negada y que las mesadas pensionales no fueron afectadas de la prescripción porque la demanda fue interpuesta en abril de 2019.

V. APELACIÓN PARTE DEMANDADA

La parte demandada no se encontró de acuerdo con la anterior sentencia, por lo que interpuso recurso de apelación en contra de la misma, manifestando que el demandante no cumple con los requisitos para acceder a la prestación incoada, teniendo en cuenta que la misma es **incompatible** con la asignación pensional que recibe, de conformidad con lo que señala el literal G del artículo 19 de la ley 4 de 1992, ya que el demandante adquirió su derecho pensional por reconocimiento hecho por el FOMAG el día 15 octubre del 2015, posteriormente a la promulgación de la normatividad mencionada.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

PARTE DEMANDANTE. El apoderado del señor Ortega Lizcano solicitó confirmar la sentencia en todas sus partes, ante la inexistencia de incompatibilidad de la pensión de jubilación percibida por el actor por parte del Fondo de Prestaciones Social del Magisterio y la solicitada ante COLPENSIONES, y el cumplimiento de la totalidad de los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993.

PARTE DEMANDADA: La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES indicó en sus alegatos que no se encuentra obligada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del demandante, toda vez que se encuentra pensionado mediante resolución 03958 del 15 de octubre de 2015 pagada por el Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio desde el 30 de marzo de 2015, la cual, hace incompatible el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES según la Ley 4ª de 1992, el literal j) del art. 13 y 279 de la Ley 100 de 1993.

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

VII. CONSIDERACIONES

El presente asunto fue remitido para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por tratarse de un fallo adverso a las pretensiones de COLPENSIONES, igualmente, se surtirá el recurso de apelación, de conformidad con el inciso 3º del art. 69 del C.P.L. y S.S., que fue modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

El problema jurídico se reduce a determinar si la Juez A quo se equivocó al determinar que COLPENSIONES estaba en la obligación de reconocer y pagar la pensión vejez a favor del demandante por ser compatible con la pensión de jubilación reconocida por la Secretaría de Educación Municipal de Cúcuta del Fondo de Prestación Social de Magisterio; de ser favorable,

verificar si son procedentes los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993.

En este asunto no existe discusión en que el actor goza de una pensión de jubilación reconocida mediante la Resolución No. 03958 del 15 de octubre de 2015 por los 20 años prestados al Departamento Norte de Santander durante el periodo desde el 30 de marzo de 1995 hasta el 29 de marzo de 2015, lapso en el que estuvo afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls.3-4).

Que según historia laboral actualizada el 29 de julio de 2016, el señor Ortega Lizcano aportó al RPMPD COLPENSIONES un total de 1468,29 semanas de cotización, con afiliación dependiente con las Parroquias Carmen de Nazaret, de Lourdes, San Pedro Apóstol y en calidad de independiente, desde el 30 de enero de 1976 hasta el 31 de julio de 2016 (fls.10-19) y que nació el 30 de octubre de 1956 (fls.20).

Por último, COLPENSIONES mediante resolución SUB 41372 del 18 de febrero de 2019 decidió negar la pensión de vejez solicitada por el actor el 22 de noviembre de 2018, argumentando incompatibilidad entre la pensión de jubilación reconocida por el FOMAG y la prestación pedida ante el RPMPD. (fls.5-9).

Al respecto de la COMPATIBILIDAD PENSIONAL, el artículo 128 de la Constitución Política establece la imposibilidad de (I) desempeñar más de un empleo público y (II) percibir más de una asignación que provenga del (a) tesoro público o (b) de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

Por otra parte, el literal m) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, expresamente establece que "*los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que lo administran*"; es claro, entonces, que hoy y dentro del Sistema General de Pensiones, no se puede afirmar que las pensiones reconocidas por los fondos de pensiones o por el ISS, financiadas en todo o en parte con los aportes o cotizaciones de índole parafiscal obligatoria pagados por entes públicos a dichos fondos o al ISS, constituyen asignaciones provenientes del tesoro público, pues una vez pagadas dichas cotizaciones patronales en cumplimiento de ese deber legal, los recursos son del Sistema y no pertenecen ni a la Nación ni a las entidades que los administran. Con tales

aportes, las entidades públicas satisfacen un deber legal respecto de sus servidores y, por consiguiente, los recursos salen de su patrimonio e ingresan al sistema general de pensiones, refundiéndose con todos los demás recursos del mismo sistema, los cuales, si bien tienen naturaleza pública por provenir de una contribución parafiscal, no son propiedad de ninguna entidad.

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES con los respectivos aportes sufragados.

Por lo anterior, se hace necesario traer a colación el pronunciamiento que la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha señalado para el tema objeto de estudio, en la sentencia SL5451 del 29 de abril de 2015 radicado No. 57201, MP. Doctor Luis Gabriel Miranda Buelvas, en la que ratificó la sentencia SL4413 del 2 de abril de 2014 radicado No. 44825 que dispuso lo siguiente:

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

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

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

> como establecimiento público y luego como Empresa Industrial y Comercial del Estado.
>
> Sin embargo, con la llegada del sistema general de pensiones regulado por la L. 100/1993, y la forma como se diseñó la financiación del fondo común administrado por el Instituto de Seguros Sociales, la que se estructuró sobre la base de contribuciones bipartitas de empleadores y trabajadores, dejando por fuera al Estado, se han ido desfigurando las incompatibilidades de percibir mesadas y salario, inclusive se ha posibilitado el disfrute de dos prestaciones, una de jubilación proveniente del Tesoro Nacional y la otra a cargo del Instituto, por ejemplo cuando se trate de servicios prestados por una misma persona a entidades públicas y privadas".

Por último, referente a la incorporación de los docentes al sistema general de pensiones en virtud del artículo 81 de la Ley 832 de 2003, la Sala de Casación Laboral de la CSJ también tuvo la oportunidad de analizarlo, en la sentencia SL2649-2020 ratificada en la SL1366-2021, señalando:

> […] es preciso advertir que el art. 81 de la Ley 812/2003 mantuvo la exención establecida para los docentes en el art. 279 de la Ley 100/1993, únicamente respecto de los vinculados con posterioridad a dicho cambio legislativo, razón por la cual, si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado antes del 27/06/2003 y, al mismo tiempo, para particulares, como es el caso de José Aldemar Giraldo Hoyos, que se vinculó por primera vez al ISS el 16/02/1971, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100/1993, con la posibilidad real de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, con independencia de la pensión de jubilación que ya disfrutara en el sector público como docente.

En consideración a lo analizado, no existe incompatibilidad alguna entre la pensión de vejez y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó la Juez de primera instancia, pues al demandante, por tener la calidad de docente oficial y estar excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, le era dable prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y obtener una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a entidades privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES.

Resuelto lo anterior, se verificará si el demandante causó el derecho pensional, esto es, si cumplió la edad mínima (62 años), si no alcanzó a reunir las semanas de cotización para pensionarse por vejez (1300) y si expresó su imposibilidad para seguir cotizando al sistema pensional (solicitud).

Con este fin, es necesario analizar lo reglado en esta normativa respecto de los requisitos exigidos para ser acreedor de dicha prestación, consignados en su artículo 9, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, de la siguiente manera:

> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:
>
> 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.
>
> A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.
>
> 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.
> A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Así las cosas, de las pruebas obrantes y analizadas en renglones anteriores, el señor JOSÉ SANTOS ORTEGA LIZCANO causó el derecho a la pensión de vejez a partir del **30 de octubre de 2018**, en consideración que en dicha data cumplió con la edad mínima requerida, 62 años (fecha de nacimiento:30 de octubre de 1956), además desde el 31 de julio de 2016 reunía el requisito de las 1300 semanas y a partir del 22 de noviembre de 2018 solicitó la prestación ante COLPENSIONES.

Aclarado lo anterior y resuelto el problema jurídico en forma favorable al demandante, se tiene que el art. 141 de la Ley 100 de 1993 establece que los intereses moratorios se generan no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no han comenzado a pagar las mesadas correspondientes (Sala de Casación Laboral C.S.J Sent. 33.161 del 31 de marzo de 2009), siempre y cuando no exista justificación para el retardo, pues si es evidente la misma, debe exonerase a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454).

En este caso, es claro que se torna injustificado el no reconocimiento de la pensión por parte de la entidad, por cuanto existen múltiples pronunciamientos jurisprudenciales en torno la compatibilidad entre las pensiones públicas de jubilación reconocidas a los docentes y la pensión de vejez por aportes a instituciones educativas de carácter privado, lo que se traduce en el hecho de considerar procedente el reconocimiento de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Entonces, conforme a la Resolución vista a folios 6-9 del expediente, el demandante solicitó la pensión de vejez el 22 de noviembre de 2018, cuando ya tenía colmados los requisitos verificados en precedencia. Por lo cual, los cuatro meses que tenía la entidad para iniciar el pago de la pensión según lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, vencieron el 22 de marzo de 2019, sin que se encuentre ninguna justificación por parte de Colpensiones para dicho retardo.

Por tanto, al resolverse el recurso de alzada en forma desfavorable a COLPENSIONES, en esta instancia se CONFIRMARÁ en totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 05 de febrero de 2020, sin embargo, se procederá a **COMPLEMENTARLA** en el sentido de establecer el monto de la mesada pensional según lo previsto en el art. 283 del CGP, omisión por parte de la Juez A quo que deberá ser suplida en esta instancia.

En este sentido, se tiene que el ingreso base de liquidación se calcula en este caso, según lo reglado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en toda su vida laboral, lo que sea más favorable, dado que en este caso el afiliado cotizó más de 1250 semanas.

Calculando entonces el IBL correspondiente, al tener en cuenta los 10 últimos años, es decir de 2006 a 2016, daría un resultado la suma de $990.347 que al multiplicarlo por la tasa de reemplazo del 75% arroja la mesada de $742.760 inferior al salario mínimo para el año 2018, por lo que, la mesada deberá ser ajustada a un salario mínimo mensual legal vigente, es decir: $781.242.

Al contabilizarlo teniendo en cuenta las cotizaciones de toda vida laboral del solicitante, nos da un IBL de $914.751, multiplicado por el 75% arroja $686.063.oo siendo en cualquiera de las dos opciones, el salario mínimo legal para el 2018 la más conveniente al demandante.

Luego entonces, COLPENSIONES deberá pagar a favor del demandante por concepto de retroactivo pensional, desde el 30 de octubre de 2018 hasta la publicación de esta providencia, en el mes de mayo de 2021, la suma de $29’089.344,40, con una mesada pensional de $908.526 para el año 2021 debiéndose cancelar las 13 mesadas anuales**.**

DESDE		HASTA		MESADAS
Año	Mes	Año	Mes	
2018	10	2021	05	$26,041.40
2018	11	2021	05	$781,242.00
2018	12	2021	05	$781,242.00
2018	M13	2021	05	$781,242.00
2019	01	2021	05	828116
2019	02	2021	05	$828,116.00
2019	03	2021	05	$828,116.00
2019	04	2021	05	$828,116.00
2019	05	2021	05	$828,116.00
2019	06	2021	05	$828,116.00
2019	07	2021	05	$828,116.00
2019	08	2021	05	$828,116.00
2019	09	2021	05	$828,116.00
2019	10	2021	05	$828,116.00
2019	11	2021	05	$828,116.00
2019	12	2021	05	$828,116.00
2019	M13	2021	05	$828,116.00
2020	01	2021	05	877803
2020	02	2021	05	$877,803.00
2020	03	2021	05	$877,803.00
2020	04	2021	05	$877,803.00
2020	05	2021	05	$877,803.00
2020	06	2021	05	$877,803.00
2020	07	2021	05	$877,803.00
2020	08	2021	05	$877,803.00
2020	09	2021	05	$877,803.00
2020	10	2021	05	$877,803.00
2020	11	2021	05	$877,803.00
2020	12	2021	05	$877,803.00
2020	M13	2021	05	$877,803.00
2021	01	2021	05	$908,526.00
2021	02	2021	05	$908,526.00
2021	03	2021	05	$908,526.00
2021	04	2021	05	$908,526.00
2021	05	2021	05	$908,526.00
				Total Mesadas
				$29,089,344.40

Se condenará en costas a la demandada COLPENSIONES, por no haberle prosperado el recurso de alzada, y se fijará como agencias en derecho de segunda instancia, el valor equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de $908.526.oo a cargo de COLPENSIONES y en favor del señor JOSÉ SANTOS ORTEGA LIZCANO, conforme al Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de **2016** del Consejo Superior de la Judicatura.

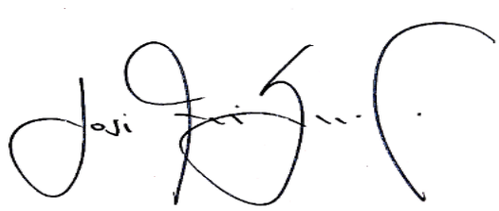
En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 05 de febrero de 2020, **COMPLEMENTANDOLA** en el sentido de establecer el monto de la mesada pensional según lo previsto en el art. 283 del CGP, para lo cual, se CONDENARÁ A COLPENSIONES a pagar a favor del demandante JOSÉ SANTOS ORTEGA LIZCANO la suma de $29’089.344,40, con una mesada pensional para el año 2021 de $908.526.oo debiéndose cancelar las 13 mesadas anuales**.**

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación, a saber, la demandada COLPENSIONES, por no haberle prosperado el recurso de alzada, y fijar como agencias en derecho de segunda instancia, el valor equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de ($908.526.oo m/cte.) a cargo de COLPENSIONES y en favor del señor JOSÉ SANTOS ORTEGA LIZCANO, conforme al Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de **2016** del Consejo Superior de la Judicatura.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 060, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2021.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-004-2017-00552-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18626
DEMANDANTES: YAMI RODRÍGUEZ MIRANDA y ZENAIDA VACA BALAGUERA
ACCIONADOS: COOPROCARCEGUA LTDA
TEMA: CULPA PATRONAL
Ref.: APELACIÓN

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 30 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, con radicado interno No. 54-001-31-05-004-2017-00552-00 y Partida del Tribunal No. 18626 promovido por el señor YAMID RODRIGUEZ MIRANDA y ZENAIDA VACA BALAGUERA a través de apoderado judicial, contra la empresa COOPROCARCEGUA LTDA representada legalmente por el señor Ortega Ballesteros Oscar Mauricio.

I. ANTECEDENTES

El señor Yamid Rodríguez Miranda por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral para que se condene a la empresa demandada COOPROCARCEGUA LTDA., al pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios por la pérdida de capacidad laboral por secuelas por la enfermedad profesional generada por la culpa patronal más los perjuicios morales en la suma total de $128’552.832.oo y se condene en costas procesales.

II. HECHOS.

Los hechos de la demanda se visualizan a folios 234-244, y en resumen señaló el demandante que, no padecía de ninguna enfermedad antes de prestar sus servicios con la demandada según el examen de ingreso laboral, que inicio contrato con la empresa COOPROCARCEGUA LTDA desde el 6

de mayo de 2005 a término fijo inferior a un año hasta la actualidad, que la prestación se efectuó en la Mina ubicada en el Municipio del Zulia, Norte de Santander, que percibe un sueldo de $1’372.330 mensual, que al ingresar le hicieron una charla “incipiente” de salud ocupacional, la información fue ineficaz e ineficiente; **que no le suministraron información acerca de los cuidados profesionales de la columna, procesos de levantamiento y empuje y halado de carga; que no le entregaron documentos de protocolo de seguridad e higiene minera ni de salud ocupacional, que no recibió capacitación escrita ni verbal de las funciones, que ejerció los cargos de frentero, picador, latero y cochero**, que mide 1.68 cmts de altura y el puesto de trabajo es de 1.10 cmts de alto, realizando los trabajos en una posición forzada e inclinada con movimientos repetitivos; **que la empresa no tenía ningún programa de construcción, ni de mantenimiento de cunetas para el desagüe lo que generaba un piso húmedo**; que nunca recibió llamados de atención; que el día 23 de septiembre de 2014 se desplazaba en superficie hacia las tolvas de almacenamiento a realizar un cargue de volqueta, y cuando disponía a pasar por la pasarela encima de la cuneta, se resbala y cae de espalda, en el piso ocasionándole dolor e inflamación; que la empresa reportó el accidente el mismo día, en la cual suscribió “el trabajador se encontraba llenando el coche y al girar siente un fuerte dolor en la rodilla derecha”; que fue atendido en diferentes clínicas de la ciudad y el día 2 de noviembre de 2016 la JRCI de Norte de Santander lo valoró calificándolo con una PCL del 19.5% por secuelas de enfermedad laboral, decisión que le ha generado perjuicio moral junto a su familia y la empresa no ha realizado la reubicación laboral.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA.

La empresa COOPROCARCEGUA LTDA, mediante apoderado judicial contestó la demandada (fls.292-312), aceptando parcialmente los hechos otros no lo constan oponiéndose a todas las pretensiones, alegando que la enfermedad padecida por el demandante no fue adquirida en el trabajo, ya que, desde el 23 de septiembre de 2014 se encuentra incapacitado de forma ininterrumpida, y, desde la vinculación, 06 de mayo de 2005, el demandante sólo trabajó 82 meses y 17 días (6 años, 10 meses y 17 días); por lo que, la enfermedad profesional (sic) que padece el actor, no se desarrolló estando al servicio de la empresa, sino que la misma se produjo cuando prestó sus servicios para las empresas anteriores, desarrollando las actividades descritas en los documentos que se acompañan con la demanda. Propuso como excepciones de fondo, no tener el tiempo de vinculación suficiente para el desarrollo de la enfermedad profesional según las normas GATISO; el señalamiento de las normas mencionadas en la demanda es anteriores a la vinculación laboral; cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social; el cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, la enfermedad profesional no es el resultado del accidente padecido el 23 de septiembre de 2014 y la prescripción.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Tramitada la Litis, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de 30 de mayo de 2019, negó las pretensiones incoadas por los demandantes, Yami Rodríguez Miranda, Zenaida Vaca Balaguera en representación de sus hijos Yamid Alfonso y Jaider Andrey Rodríguez Vaca; en consecuencia, declaró que en la decisión hay resolución incita sobre las excepciones propuestas por la demandada; condenó en costas procesales a los demandantes en la suma de un salario mínimo legal vigente.

La Juez A quo fundamentó su decisión, manifestando que los testigos traídos por la parte actora, perdían credibilidad, en especial, cuando señalaron que la empresa no realizaba charlas o capacitaciones en salud ocupacional, ya que, en el mismo interrogatorio, aceptaron la suscripción de los documentos que acredita las charlas recibidas y las capacitaciones.

Que los documentos aportados demuestran que la empresa contaba con programas de salud y seguridad ocupacional, constancia de inducción, reinducción al puesto de trabajo programa de salud ocupacional, usó del tiempo libre, higiene postural, manejo de cargas y posturas, sistema de vigilancia epidemiológico, salud ocupacional mina Tanques, manejo de cargas, estrés y salud mental, procedimiento seguro de trabajo; sostenimiento e importancia del autocuidado en el trabajo IPTS, trabajo seguro, sostenimiento en excavaciones inducción a trabajadores operativo, charla no hay que romperse la espalda, pausas activas; como levantar peso, trabajo seguro sostenimiento; procedimiento seguro; piense primero y evite accidentes; charlas; trabajar en equipo evita accidentes, asistencia al tractor etc.

Que según el análisis y recomendaciones del grupo investigador del accidente de trabajo, ocurrió porque el trabajador no tuvo precaución al transitar por la pasarela y resbaló y según el análisis del puesto de trabajo, la ARL POSITIVA (folios 511 a 526) el trabajador expuso: "*aparición de sintomatología en el año 2014, época en la cual desempeñaba funciones de tolvero, en la actualidad se encuentra incapacitado desde el 23 de septiembre del año 2014 y con el mismo cargo*"; entonces aparece la sintomatología del actor es con el accidente de trabajo año 2014 cuando se desempeñaba como tolvero.

Que el equipo interdisciplinario de la ARL mediante dictamen número 839809 del 25 noviembre de 2015 calificó la pérdida de la capacidad laboral del 0% sin secuelas funcionales. Pero, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, calificó al actor con PCL del 19,5% de origen laboral, fecha de estructuración 19 de agosto del año 2016, diagnóstico "*trastorno de los discos intervertebrales no especificado*", origen laboral; razón por la que considera, que no existe prueba que las incapacidades prolongadas en el tiempo de fecha 23 de septiembre del 2014, y la estructuración de la enfermedad profesional antes de dicha fecha sean producto de las actividades como minero al servicio de la demandada; que no existe prueba científica que determine que la patología es el producto o consecuencia de

las actividades como minero al servicio de la demandada, de acuerdo al tiempo de exposición al riesgo.

Que, de acuerdo con el reporte de accidente de trabajo, el estudio del puesto de trabajo y la entrevistas absuelta por el trabajador, acreditaron que en el accidente hubo descuido del trabajador en el ejercicio de la labor ante la falta de precaución y transitar en forma rápida.

Que si bien es cierto la parte demandada no demostró que la autoridad minera le permitió realizar las labores de excavación a una altura inferior a 1.80 metros, ello no concluye que la causa de la enfermedad padecida por el trabajador, sea responsabilidad de la empresa, además, esta última aportó documentos donde demostró que cumplió a cabalidad con las normas de seguridad en salud ocupacional.

Que a pesar de que la patología trastorno de los discos intervertebrales M519, surge a raíz del accidente trabajo como quiera que a partir del mismo 23 de septiembre del 2014 se encuentra incapacitado, se hace necesario precisar si los tiempos de exposición en las actividades mineras al servicio la pasiva son suficientes para generar esta patología, considerando que tuvo actividades de minería anterior al ingreso a la pasiva en una minería ilegal y en la mina Las Mirlas y otras minas por espacio de más o menos 8 años, sin certeza sobre el inicio y el final de la actividad donde se incluye la de picador, por lo que, se requiere **prueba científicas** sobre la materia, que asegure con certeza, la incidencia de los tiempos de trabajo del actor con minería ilegal antes del ingreso a la pasiva, aunado a la exposición al riesgo con la pasiva en cargos como el de frentero que conlleva el de picador, cargador, maderero, cochero, cargador de rieles y montaje, no siendo claro su actividad de latero en cuanto al tiempo, porque la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral y la patología en cita es para el 19 de agosto del 2016, reiterando que el accidente de trabajo de fecha 23 de septiembre del 2014, ha estado incapacitado.

Que las declaraciones demostraron que los trabajadores recibían instrucciones, pero por aumentar la producción ya que devengaban por destajo, realizaban algunas actividades de forma apresurada o alzaban una roca de mas de 25 kilos, cuando tenían instrucciones de partirlas, por lo que, no se le puede cargar la responsabilidad al empleador de la culpa exclusiva de la víctima.

Que no es suficiente alegar la violación del empleador de realizar excavaciones por debajo de 1.80 metros de altura para determinar la culpa patronal por el origen de la enfermedad profesional, ya que la violación de dicha ley, genera otras consecuencias frente a la vigilancia de los entes de control y vigilancia del Estado respecto de una actividad riesgosa para la salud y vida de los trabajadores, y en este caso, se probó la existencia de programa de salud ocupacional y salud en el trabajo con las firmas respectivas del demandante.

En conclusión, advierte que no hay elemento que dé certeza en cuanto a que la patología trastornos de los discos intervertebrales M 519 sea culpa exclusiva del empleador, por lo que, las pretensiones del actor no prosperan

y existe decisión incita sobre las excepciones de mérito propuestas por la pasiva que contestó la demanda.

V. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial del demandante inconforme con la decisión proferida, interpuso recurso de apelación, bajo los siguientes argumentos:

1. **La capacitación no fue eficaz.**

Que el Juez A quo omitió la valoración integral y minuciosa de las pruebas, erró al declarar la existencia de capacitaciones y entrenamientos a los trabajadores, ya que, de conformidad con las resoluciones No. 1016 de 1989 art. 11 numeral 20 y N. 2400 de 1979, el empleador tiene la obligación de realizar la evaluación de conocimiento de los riesgos por parte del trabajador, y la constancia que avaló el A quo, es del año 2011 cuando el demandante estuvo expuesto al riesgo por las de 6 años, pues ingresó a laboral desde el 2005; de esta manera, la capacitación no es eficaz y además, no realizó los controles eficientes como lo establece la resolución No. 2400 de 1979 art. 2º literales f) y g).

2**) Inobservancia de lo consagrado en el Decreto 1477 de 2014.**

Sostiene que el A quo no "razonó", la tabla de enfermedades labores expedida por el Ministerio de Trabajo, que estipula los factores de riesgo al que se someten los trabajadores y sobre los cuales, se extrae la relación de causalidad entre el factor y la enfermedad; además, se equivocó el *A quo* cuando señaló que no existían extremos labores de la exposición del riesgo, porque el estudio del puesto de trabajo indica que el demandante ejerció la actividad de picador por 7 meses, de cochero un poco más (sic); así mismo, en las conclusiones de los dictámenes de PCL, se analizó los factores de riesgo del puesto de trabajo, como lo son la hiperflexión de la columna lumbosacra, los movimientos repetitivos, las posturas forzadas, siendo éstas situaciones, exposiciones continuas que generaron la enfermedad profesional al trabajador.

3) Ineficiente valoración de las declaraciones.

Arguye que el A quo omitió valorar las declaraciones rendidas por los testigos traídos por la parte actora, en especial, cuando éstos señalaron en forma concordante, que las condiciones del puesto de trabajo no eran óptimas, que debían cargar una lata de 1-2 toneladas de carbón y peña por un espacio de 0.90 cms, 1 metro de altura y por una carrilera en mal estado, que estaban sometidos a constantes sobre esfuerzos y a posiciones ergonómicas no adecuadas; luego entonces, considera el recurrente, que por ser una actividad de alto riesgo, la empresa debía realizar controles y supervisiones constantes, carga probatoria que incumplió.

4) Aplicación del Decreto 1335 de 1987.

Que la empresa no cumplió con las obligaciones de vigilancia y prevención de la actividad riesgosa, que la altura del puesto de trabajo no es la indicada en el Decreto 1335 de 1987, porque en ella se establece un mínimo de 1.80 metros, y el puesto de trabajo era de 1.10 metros; tampoco demostró la existencia de programas de mantenimiento técnico de los rieles, desagüe de las minas y programas de prevención; que no hubo un control eficiente, no hubo visitas de puestos de trabajo y no existe la conformación del comité paritario de salud ocupacional y la respectiva socialización con los trabajadores.

5) Relación de causalidad entre el factor de riesgo y la enfermedad profesional.

Que el Juez omitió razonar respecto a la exposición del riesgo al que fue sometido el demandante desde el año 2005 cuando ingreso a trabajar con la empresa demandada, porque las actividades que ejercía, constaban de movimientos repetitivos y en malas condiciones, con sobre esfuerzo físico y posturas ergonómicas inadecuadas, y ante la falta de un programa de salud ocupacional y ausencia de seguimiento de los riesgos, generó la enfermedad profesional bajo la responsabilidad del empleador. Que la resolución No.2400 de 1987 (sic) adopta las normas para prevenir las enfermedades profesionales GATISO, y en el expediente, solo existe una encuesta en el año 2014 y el trabajador ingreso en el 2005.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

El apoderado judicial de demandante YAMID RODRÍGUEZ MIRANDA mediante escrito enviado por correo electrónico del 22 de julio de 2020, aportó documentación consistente en un certificado de terminación de la relación laboral del 15 de febrero de 2020 por reconocimiento y pago de pensión de invalidez a cargo de la ARL POSITIVA S.A., por lo que, esta Sala mediante auto fechado el siete (07) de mayo de dos mil veintiuno (2021) ordenó correr traslado para que las partes se pronunciaran al respecto en los tres días siguientes a la notificación; y, una vez surtido este término, se ordenó correr nuevamente traslado para alegaciones finales.

De conformidad con lo anterior, se tiene que, hasta la fecha de esta providencia, no existe pronunciamiento al respecto, razón por la que, esta Sala considera que el término para presentar los alegatos de segunda instancia finalizó, incorporando la prueba sobreviniente como debidamente decretada al surtirse los principios de publicidad, contradicción y debido proceso, siendo necesario resolver el objeto de la litis, conforme a las siguientes,

VII. C O N S I D E R A C I O N E S

Competencia.

La Sala asume la competencia para decidir el recurso de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001.

Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta que no existe discusión respecto a la relación de carácter laboral entre el demandante Yamid Rodríguez Miranda en calidad de trabajador y la demandada COOPROCARCEGUA LTA., en calidad de empleador, además, de los extremos laborales, esto es, desde el 6 de mayo de 2005 hasta el 15 de febrero de 2020 ejerciendo actividades de minero picador, frentero y tolvero entre otros, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia son:

> Establecer si la Juez A quo erró en la valoración integral de las pruebas documentales aportadas al expediente y las declaraciones practicadas en audiencias, respecto a la exoneración de la demandada COOPROCARCEGUA LTDA, de la culpa patronal prevista en el art. 216 del C.S.T., en relación con la enfermedad profesional padecida por el demandante Yamid Rodríguez Miranda según los argumentos del apoderado judicial recurrente; en caso de ser favorable la respuesta al demandante, analizar si es procedente la condena por indemnización plena de perjuicios.

El Juez de primera instancia absolvió a la demandada de la culpa patronal prevista en el art. 216 del CST, argumentando principalmente que no existe certeza que las actividades ejercidas por el demandante a favor del empleador, hayan generado la enfermedad profesional “otros trastornos de los discos intervertebrales”, conforme al tiempo de exposición del riesgo, es decir, el elemento causal entre la actividad y la patología, no se encuentra científicamente acreditado; así mismo, consideró que las declaraciones rendidas de testigos traídos por la parte actora, carecían de credibilidad, porque en el interrogatorio negaron haber recibido las capacitaciones, instrucciones y charlas en salud ocupacional y autocuidado, pero aceptaron firmar los documentos que dan plena prueba de la obligación y cumplimiento de la demandada respecto al programa en salud ocupacional y la participación de éstos en las mencionadas charlas. También señaló que, el hecho de que la altura de las excavaciones sea inferior a 1.80 metros de altura, no constituye una causal para establecer la culpa patronal y que dicha circunstancia, sea determinante para el establecer el origen de la enfermedad

profesional, porque la empresa cumplió con todas las normas de seguridad y la debida socialización.

El apoderado judicial recurrente, alega que el Juez A quo no valoró de forma integral las pruebas, porque la empresa demandada omitió realizar control, supervisión del puesto de trabajo incumpliendo con lo establecido en el Decreto 1335 de 1987 respecto a la altura mínima para la actividad minera subterránea, que la exposición del riesgo del puesto de trabajo perduró desde el ingreso del trabajador en el año 2005, que el puesto de trabajo se encontraba en mal estado, que las posturas ergonómicas inadecuadas y las actividades eran desarrolladas con sobre esfuerzo físico, circunstancias que generaron la patología de origen laboral, todo ello, como nexo causal que produjo en el actor, la invalidez, y que el empleador no controló, no realizó la debida supervisión y control.

Culpa Patronal.

El artículo 216 del C.S.T refiere que se configura la culpa patronal “Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente del trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo”

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL9355 del 21 de junio de 2017 siendo Magistrada Ponente la Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO señaló:

> “la condena a la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 Código Sustantivo del Trabajo, debe estar precedida de la culpa suficiente del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia de su negligencia en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores”.

En efecto, el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, prevé sobre las obligaciones especiales del empleador *«poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores»*; así como también la de *«Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades laborales en forma que garanticen razonablemente la seguridad y la salud»;* que, por su parte, el artículo 348 *ibidem*, en relación con las medidas de higiene y seguridad en el trabajo, dispone que *«todo empleador o empresa están obligados a*

suministrar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores», y el artículo 21 del Decreto 1295 de 1994 reiteró la obligación que tienen los empleadores de procurar el cuidado en la salud de los trabajadores y sus ambientes de trabajo.

El artículo 84 de la Ley 9 de 1979 por la cual se dictan medidas sanitarias, estableció que, entre otras obligaciones, los empleadores están impelidos a proporcionar y mantener un ambiente de trabajo en adecuadas condiciones de higiene y seguridad; establecer métodos de trabajo con el mínimo de riesgos para la salud dentro de los procesos de producción; cumplir y hacer cumplir las disposiciones relativas a salud ocupacional; responsabilizarse de un programa permanente de medicina, higiene y seguridad en el trabajo destinado a proteger y mantener la salud de los trabajadores; adoptar medidas efectivas para proteger y promover la salud de los trabajadores mediante la instalación, operación y mantenimiento, en forma eficiente, de los sistemas y equipos de control necesarios para prevenir enfermedades y accidentes en los lugares de trabajo y realizar programas educativos sobre los riesgos para la salud a que estén expuestos los trabajadores y acerca de los métodos de su prevención y control.

En esa misma línea, el 2° de la Resolución número 2400 de 1979 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, hoy Ministerio del Trabajo, estableció que los empleadores deben mitigar los riesgos, prevenir la posible afectación de la salud de sus trabajadores y proveerles condiciones seguras de trabajo.

Debe precisarse que aun cuando las obligaciones estatuidas a cargo del empleador en los artículos 56 y 57 numeral 2º del CST **son de medio y no de resultado**, pues, en general resulta imposible eliminar totalmente en la práctica los infortunios del trabajo, en todo caso la obligación del empleador, conforme a la última disposición legal referida, es la de procurar suministrar a los trabajadores elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales y una debida supervisión del trabajo a realizar, en forma tal que se le garantice «*razonablemente*» al trabajador su seguridad y su salud. (ver sentencia SL3860/2020).

En cuanto a la carga probatoria, la Honorable Corte Suprema de Justicia en las sentencias del 16 de abril de 2016, SL5619-Radicado 47907 y SL1525 del 2017 entre otras, dispuso que cuando se trata de un **acto omisivo por parte del empleador en desarrollo de sus obligaciones legales** y como consecuencia se produjo el accidente o enfermedad laboral, la carga de la prueba se invierte, y es a este último a quien le corresponderá probar que actuó con diligencia y precaución para proteger la salud y la integridad de sus trabajadores.

Bajo estas circunstancias, cuando el empleador tiene conocimiento del factor de riesgo a los que están sujetos sus trabajadores, debe tomar las medidas necesarias para tratar de evitarlo, ya que, si ocurre un evento relacionado con ese factor de riesgo, debe responder por tal omisión, y la única forma de

exonerarse de la obligación de reparar el daño, son las causales de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

De otro lado, también se exige al trabajador la obediencia sobre todas y cada una de las medidas de seguridad que para el efecto haya precavido el empleador, además de la asistencia de aquél a los cursos de capacitación que sobre el tema se hayan planeado, seguir los protocolos previstos para el ejercicio del trabajo direccionados a disminuir los riesgos, el uso adecuado y oportuno de los elementos de seguridad que se le hayan entregado, amén de la diligencia y cuidado extremos por parte del trabajador en todo momento de sus actuaciones laborales, a fin de evitar o disminuir los riesgos que puedan afectar no solo la vida del trabajador, sino la de sus compañeros y los bienes de la empresa.

Reglamentación de las Actividades Mineras Subterráneas.

Descendiendo al caso en estudio, se hace importante señalar que, la actividad minera es considerada de alto riesgo según el art. 26 del Decreto 1295 de 1994 y requiere de esfuerzos coordinados de los empresarios, trabajadores, administradoras de riesgos laborales y las entidades públicas de vigilancia, con el fin de prevenir accidentes y enfermedades de origen laboral.

Entre marco legal que rige la seguridad minera, están, el Código de Minas Ley 685 de 2001 modificado por la Ley 1382 de 2010 que en el artículo 97 establece: "*En la construcción de las obras y en la ejecución de los trabajos de explotación, se deberán adoptar y mantener las medidas y disponer del personal y de los medios materiales necesarios para preservar la vida e integridad de las personas vinculadas a la empresa y eventualmente de terceros, de conformidad con las normas vigentes sobre seguridad, higiene y salud ocupacional".* Por su parte, el artículo 318 dispone lo siguiente: "*Fiscalización y vigilancia. La autoridad minera directamente o por medio de los auditores que autorice, ejercerá la fiscalización y vigilancia teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 279 de este Código, de la forma y condiciones en que se ejecuta el contrato de concesión tanto por los aspectos técnicos como por los operativos y ambientales, sin perjuicio de que sobre estos últimos la autoridad ambiental o sus auditores autorizados, ejerzan igual vigilancia en cualquier tiempo, manera y oportunidad*".

El Decreto 1335 de 1987 o reglamento de seguridad en las labores subterráneas, vigente hasta el 14 de septiembre de 2015, dispone en el "*Artículo 54. Es obligatorio mantener los techos, paredes y pisos de las labores subterráneas en condiciones que ofrezcan la máxima seguridad durante todo el tiempo que estén en uso. a) El propietario de la mina o titular de derechos mineros es el responsable de la elección del tipo y calidad de soporte que se debe utilizar, cuando éste se requiera; b)* ***El área mínima de una excavación minera debe ser de tres (3 m2) con una altura mínima de 1.80 m****.".* Y el artículo 203 dispone: "*Todo propietario*

de mina o titular de derecho mineros, puede solicitar a la autoridad competente, con el visto bueno del Comité de Seguridad e Higiene Minera de la empresa, ser exonerado del cumplimiento de cualquiera de los artículos consignados en este reglamento, Esta solicitud debe estar acompañada del estudio técnico correspondiente que justifique la exoneración del artículo o artículos aquí contemplados y de las medidas que deba ejecutar el dueño de la mina o titular de derecho mineros o reemplazo de aquellas cuya exoneración solicita."

En este mismo Decreto, se define como excavación o **labores subterráneas** como "*toda excavación que se realice bajo tierra con el propósito de explotación, cuantificación o exploración. Se incluyen además en la definición, aquellos trabajos subterráneos que se efectúen para el montaje de obras civiles, a las cuales tengan acceso las personas*."

Caso en concreto.

Descendiendo al caso analizado, se hace necesario precisar que, la parte recurrente alega la omisión de prevención, cuidado, control y supervisión del empleador como causante de la enfermedad laboral padecida por el demandante, luego entonces, para efectos de establecer el nexo causal del empleador con el hecho dañino, así como la culpa, es indispensable traer el marco jurídico obligacional anteriormente expuesto, y, adecuarlo a la valoración integral de las pruebas documentales aportadas y las declaraciones rendidas en audiencia, para establecer si los alegados incumplimientos infieren en la generación de la enfermedad laboral.

De esta manera procederá la Sala, a establecer inicialmente la existencia del daño causado en la integridad del trabajador, para posteriormente verificar si el mismo ocurrió por causa imputable al empleador.

EL DAÑO -ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL-

Bajo esas condiciones, conforme a los elementos de juicio allegados por la parte demandante, no es un hecho discutible que el señor Yami Rodríguez Miranda sufrió un accidente de trabajo **el día 24 de septiembre de 2014** (fl.18 expediente), fecha a partir de la cual, fue valorado por los médicos de urgencia de la IPS Clínica la Salle y con base en una RNM de columna, se le diagnostico discopatía L4-L5 y L5-S1, igualmente, se le expidieron incapacidades médicas, recibió tratamiento médico por el especialista en Fisiatría el Dr. Wilson Picón adscrito a la EPS SaludCoop, hoy Medimás y desde el año 2016, fue valorado por parte de la ARL POSITIVA por salud ocupacional, con manejo de fisioterapia por dolor lumbar y trastorno de los discos intervertebrales; según historia clínica del 4 de agosto de 2016, se indicó que el paciente se encontraba reubicado desde el año 2012 desempeñándose en el cargo de minero-tolvero, que trabajaba desde el 2005 con COOPROCARCEGUA, y desde el 2014 está incapacitado. (fls.20-88).

De la misma forma, se aportó a folios 96-105 del expediente, el dictamen médico laboral suministrado por la EPS SALUDCOOP los días 29 de noviembre y 4 de diciembre de 2015, de donde se extrae, que el accidente del mes de septiembre de 2014 fue calificado de origen laboral, que el 09 de agosto de 2008 la RX columna lumbar y dorsal fue normal, que no se aportó certificado de cargos y funciones realizadas, sin embargo, los paraclínicos tenidos en cuenta son los practicados a partir del año 2014, ya que desde el momento del accidente, surgió el primer síntoma.

Se anexó la calificación de la JRCI de Norte de Santander del 25 de enero de 2016 Dictamen No.6964 (fls.106-108), diagnóstico "*trastorno de los discos intervertebrales no especificado*", edad: 37.56 años, ocupación: minero, riesgos: ergonómicos, las pruebas a tener en cuenta fueron: RX de columna dorsolumbar del 2005 y 2013 con resultado normal. Luego, a partir del accidente el 24 de septiembre de 2014, se le practicaron exámenes radiológicos de RNM de columna, tratamiento con fisiatría y rehabilitación con terapia física, estudio de puesto de trabajo del 4 de octubre de 2015 en el cargo de TOLVERO, concluyendo lo siguiente:

> "Paciente de 37 años quien ha laborado como minero picador y frentero durante hace 10 años y en el cargo de tolvero hace 3 años, evidenciándose en el análisis de puesto de trabajo, posturas mantenidas, prolongadas en columna lumbar asociada a manipulación de peso, por la cual, la frecuencia e intensidad del riesgo biomecánico es suficiente para generar la patología de columna lumbar."

En conclusión, la JRCI de Norte de Santander determinó la enfermedad de ORIGEN LABORAL, con PCL 0%.

En igual sentido resolvió la JNCI en el dictamen No.13198861 del 05 de mayo de 2016 (fls.109-113), con las siguientes observaciones:

> "…tareas con riesgos biomecánicos por postura de columna por fuera de los ángulos de confort, asociados a movimientos repetitivos y fuerza en flexo-extensión encontrando, por lo tanto, asociación entre la exposición a los riesgos de carga física y los trastornos de discos intervertebrales no especificado que el paciente presenta.
>
> En conclusión, teniendo en cuenta que, el análisis de puesto de trabajo, evidencia la existencia de factores de riesgo ocupacional, suficientes y necesarios para la generación de su patología de trastorno de discos intervertebrales no específico, el histórico de la exposición laboral del trabajador por mas de 10 años, aunado al hecho que en la historia clínica no se encuentran diagnosticadas enfermedades sistémicas, genéticas, autoinmunes o degenerativas, que pudieran ser la causa de su enfermedad, se califica como enfermedad laboral…".

En fecha posterior, la JRCI de Norte de Santander volvió a calificar al demandante el día 27 de octubre de 2016 (fls.118-122), arrojando como resultado, una PCL del 19.5%, con fecha de estructuración del 16 de agosto de 2016 con las mismas circunstancias de las anteriores calificaciones.

De la misma forma, a folio 176 se allegó respuesta de la ARP POSITIVA donde indicó que el demandante había reportado 4 eventos de origen laboral, (i) el 5 de octubre de 2007 ceguera de ojo izquierdo con evisceración y colocación de prótesis y blefarospasmo, (ii) el 20 de julio de 2011 herida superficial en mano izquierda, (iii) el 23 de septiembre de 2014 contusión de región lumbosacra y (iv) el 29 de noviembre de 2015 con diagnóstico CIE M519 “trastorno de los discos intervertebrales no específico”.

Conforme las pruebas anteriores, se acredita con certeza, que la patología “*trastorno de los discos intervertebrales, no específico*”, es de ORIGEN LABORAL, es decir, fue adquirida por el demandante Rodríguez Miranda por causa o con ocasión de las actividades desarrolladas con la empresa demandada COOPROCARCEGUA LTDA, patología que, según las Juntas de Calificación de la Invalidez, tiene su origen en la exposición de los factores de riesgos biomecánicos, tales como: “*postura de columna por fuera de los ángulos de confort, asociados a movimientos repetitivos y fuerza en flexo-extensión encontrando, por lo tanto, asociación entre la exposición a los riesgos de carga física.”;* todo ello, según lo previsto en las “guías de atención integral de Seguridad y Salud en el Trabajo para dolor lumbar inespecífico y enfermedad discal” analizadas en renglones anteriores, así como lo dispuesto en los Decretos 1832 de 1994, 2566 de 2009 y 1477 de 2014 respecto a la tabla de enfermedades profesionales, precisándose de esta manera, la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad.

A pesar de que dicho hallazgo constituye un indicio importante para verificar la existencia o no de responsabilidad del empleador, ello no es óbice para imponer de forma automática, la condena al pago de la indemnización plena de perjuicios, pues se itera, la culpa patronal prevista en el art. 216 del CST, debe quedar **plenamente demostrada** y en este asunto, la inconformidad alegada por el recurrente, se argumenta en demostrar que la empresa demandada OMITIÓ realizar el **control, la supervisión y la vigilancia** de las normas de salud ocupacional imperantes durante la relación laboral, en relación con el análisis del puesto de trabajo y condiciones estructurales del mismo, como por ejemplo, las “inadecuadas condiciones del piso”, “la falta de mantenimiento preventivo de los coches, rieles entre otros”, la “altura inferior a la reglada por la Agencia Nacional de Minas” el “sobre esfuerzo físico”; de la misma forma, sostuvo que las capacitaciones y/o charlas no fueron eficaces ni efectivas al no haberse realizado las evaluaciones de conocimiento en forma periódica.

De esta manera, se aclara que, **la causa médica, científica y ocupacional que originó la enfermedad laboral** “*trastorno de los discos intervertebrales,*

no específico", según los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación de la Invalidez, es la **exposición de los factores de riesgos biomecánicos**, que se traducen Trabajo físico pesado (levantar, empujar y manejo de materiales (pesado)) >12.5 kg > 25 kg Movimientos repetitivos. Actividad laboral de pie o caminando (> 2 horas) Actividad sentado en el trabajo Actividades de flexión/rotación del tronco en el trabajo (>2 horas/día-según las Recomendaciones Guía de atención integral de Seguridad y Salud en el Trabajo para dolor lumbar inespecífico y enfermedad discal).

LA CULPA DEL EMPLEADOR

En ese orden de ideas, verificada la existencia del daño causado en la integridad del trabajador, se procederá a la valoración del caudal probatorio, con el fin de verificar si la demandada COOPROCARCEGUA adoptó en su oportunidad las medidas preventivas de seguridad y de salud ocupacional, requeridas para el oficio de minero, actividad catalogada como de alto riesgo, que requiere del empresario, un cuidado especial para evitar un daño o en su defecto, disminuir los riesgos asociados al desarrollo de la labor; así es que, el empleador para exonerarse de la culpa por la generación de la enfermedad laboral, deberá demostrar que actuó con **diligencia y cuidado**, en razón a la estimación razonable del riesgo, llevando a cabo una eficiente actividad de **supervisión** para cumplir los protocolos establecidos.

Bajo estas condiciones, se revisarán las pruebas documentales aportadas por la empresa demandada, y sobre las cuales, sostiene el recurrente, no fueron valoradas en debida forma por el Juez A quo, igualmente, las declaraciones rendidas por los testigos traídos por ambas partes.

Pruebas Documentales-demandada.

En este sentido, a folio 2 del anexo al expediente, se aportó el examen de ingreso laboral suscrito por el médico en salud ocupacional y firmado por el demandante el día **2 de mayo de 2005**, donde se ratifica lo mencionado en renglones anteriores respecto a la inexistencia de patologías de la columna lumbar, a través de un RX, y se recomendó capacitación sobre higiene postural, manejo de cargas y uso de elementos de protección. (RX columna dorsolumbar normal-fl-4).

A folios 532-536, se aportaron las consultas realizadas por la empresa AGESO de salud ocupacional, respecto a la historia clínica periódica fechadas el 27 de septiembre de 2008 cuando el actor ejercía el cargo de FRENTERO, diagnostico: buen estado; para el 8 de septiembre de 2012 con observación: "hiperlordosis lumbar, prótesis de Ojo Izquierdo, defecto de refracción corregido; de fecha 9 de noviembre de 2013 en la que se solicita valoración por especialista en ortopedia con diagnóstico de hiperlordosis,

ángulo de Ferguson de 53 grados; y de mayo de 2008 con valoración en buen estado y RX de columna dorso lumbar en condiciones satisfactorias.

Se hace importante señalar, que el actor el día 05 de octubre de 2007 (a los dos años y 4 meses de ingresar a la mina demandada) tuvo un trauma en ojo izquierdo lo cual requirió una prótesis ocular, y según el concepto del oftalmólogo tratante, se recomendó **NO LABORAR EN PARTES INTERNAS DE MINAS, debía laborar en campo externo con uso de gafas industriales**; por lo que, el trabajador fue reubicado en actividades de limpieza al campamento y trabajos varios fuera de la mina, dicha historia fue reportada el 29 de marzo de 2011 por el SEGUIMIENTO A CASO DE ESTUDIO OCUPACIONAL realizado por la terapeuta ocupacional. (fls.530-531). Información que fue suministrada al demandante por parte de la empresa en el mes de marzo de 2011 (fls.528-529).

A folios 9-10 del cuaderno anexo, en el formato de la ARL POSITIVA "investigación de incidentes y accidente de trabajo", fechado el 23 de septiembre de 2014, suscrito por el supervisor de la mina William Rincón, la encargada de salud ocupacional Diana Carolina Nova, y Onofre Miranda Int., del Copaso, señalaron como recomendación, realizar la re inducción al puesto de trabajo y capacitación de actor y condiciones inseguras del trabajo.

A folios 11-36 aparecen **constancias de inducción y reinducción** de las actividades que debía realizar el trabajador respecto a los oficios de picador, frentero, cochero y tolvero, durante el mes de mayo de 2005, enero de 2006, noviembre de 2011, enero de 2012, enero de 2013, enero de 2014 y agosto de 2014, documento firmado por el trabajador, el supervisor de la mina, el profesional de apoyo de salud ocupacional; cuyo contenido hace referencia a las instrucciones y capacitaciones sobre el programa de sostenimiento del sistema de seguridad y salud en el trabajo, transporte interno y externo del carbón, manipulación de redes y equipos eléctricos, entre otros; igualmente a folio 32 y 36 reverso se allegaron dos evaluaciones de reinducción al puesto de trabajo firmada por el trabajador sobre conocimientos generales de salud y seguridad en el trabajo fechadas el 6 de enero de 2014 y 2 de agosto de 2014.

A folios 37-55 se aportaron lista de firmas de trabajadores que constata la participación en charlas de trabajo saludable, uso de tiempo libre, higiene postural, manejo de cargas y postura, manejo de herramientas, salud mental, autocuidado, impacto ambiental, sostenimiento en excavaciones subterráneas, durante los años 2005 hasta el 2014.

A folios 56-200 también se allegaron las constancias de la participación en las charlas de salud ocupacional, donde aparece la firma del demandante y otros trabajadores en los años 2013 y 2014 y como encargados, el jefe de la Mina, la Ingeniera de Minas profesional en apoyo de salud ocupacional.

A folios 201-350 se aportaron la lista de la participación de los trabajadores incluyendo el demandante, al programa de acondicionamiento físico y

prevención de alteraciones osteomusculares-rutina de ejercicio, durante el mes de enero 2010 y el año 2011.

En el mes de noviembre de 2013 el programa de salud ocupacional, entregó al demandante una encuesta de perfil sociodemográfico de donde se extrae que, la función de tolvero la ejercía entre 1-2 años de antigüedad; igualmente, a folio 353 el **actor realizó una encuesta de las condiciones de salud y de trabajo el 26 de agosto de 2014, donde señaló que la labor ejercida era de oficios varios y que no presentaba sintomatología en miembros superiores, inferiores o espalda, simplemente señaló el acontecimiento del accidente de trabajo del cuerpo extraño en ojo izquierdo.**

A folios 355-382 se anexó el programa de salud ocupacional enero de 2005 elaborado por la terapeuta ocupacional Herika (sic) del Pilar Sánchez Torrado, en donde se relacionó una tabla de actividades referentes a salud y trabajo. Igualmente, en los anexos vistos a folios 383-404 se observan cuadros clasificados en el área de trabajo, factor de riesgo, fuente, efectos posibles, sistema de control, entre los cuales, para los oficios de minero frentero, picador, cochero, latero, malacatero y oficios varios, se encuentran los riesgos ergonómicos, de sobreesfuerzo, posturas prolongadas de pie y flexión, levantamiento y transporte de cargas.

A folio 405 se allegó el formato de inscripción de la empresa ante el Grupo de trabajo empleo y seguridad social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el mes de junio de 2002.

A folios 406-407 se aportó el reglamento de higiene y seguridad industrial de la empresa suscrito por el representante legal.

A folios 408-417 se encuentra el reglamento interno de trabajo. A folios 418-428 se allegó el programa de seguridad industrial “CERO ACCIDENTES” del año 2005 suscrito por el representante legal de la empresa MAURICIO ORTEGA, el presidente del Consejo de Administración Mateo Acevedo y el secretario del Consejo de Administración Francisco Javier Murillo. Entre los cuales, se encuentran las funciones del picador, frentero, tolvero, este último, encargado de repicar o partir el carbón en partes pequeñas en los patios de acopio y tolvas de cargue, el cargue de volquetas, llenado y carpado de volquetas.

A folios 431-473 se encuentra el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo actualizado en el mes de abril de 2014; a folios 474-500 esta en PLAN DE EMERGENCIA elaborado por la especialista en salud ocupacional Diana Carolina Nocua Leal en el mes de noviembre de 2013.

A folios 501-503, la Administradora de Riesgos Profesionales (hoy ARL) ISS en fecha 14 de agosto de 2007, realizó una verificación de visita de seguridad y salud ocupacional en la mina, donde analizó las medidas preventivas respecto a las áreas de trabajo prevista en el art. 33 del Decreto 1335/87; el manejo de explosivos, el control de gas metano, registro de gases,

verificación de vías de evacuación, realizó la revisión del cumplimiento en los previsto en la Ley 100/93, resolución 2013/86, Decreto 1016/89 y Decreto 1295 de 1994 respecto a la existencia del programa de salud ocupacional vigente y en ejecución, la realización de exámenes médicos laborales de ingreso de los trabajadores, de la existencia del Comité Paritario de Salud Ocupacional, de las afiliación de los trabajadores al sistema integral de seguridad social, de la existencia de estadísticas de accidente y enfermedades laborales, del cumplimiento de lo previsto en los arts.26-51 del Decreto 1335/87 y las normas complementarias, y se dejó consignada una observación respecto a las vías de acceso: “las vías son amplias (3m2) que permiten el transito del personal.

A folios 511-518 se allegó el ANÁLISIS DE PUESTO DE TRABAJO-DETERMINACIÓN DE ORIGEN realizado por la ARL POSITIVA el **4 de octubre de 2015**, con fecha de visita el 27 de septiembre de 2015, indicando que para la fecha del accidente 24 de septiembre de 2014, el actor desarrollaba el cargo de TOLVERO, como antecedentes ATEL, que en el año 2005 fue PICADOR sin secuelas de golpe en rodilla, en el 2007 como diagnóstico sobreesfuerzo (lumbalgia) sin secuelas, y esquirla en el ojo izquierdo con prótesis ocular, en el 2011 herida en el dedo pulgar si secuelas y en el año 2014 tolvero con caída a la misma altura.

Que en el cargo de picador y frentero estuvo 2 años desde mayo de 2005 hasta 2007, luego por causa del accidente de trabajo en el ojo izquierdo, fue reubicado en el exterior de la mina en el sector san Carlos, hasta el 2012 y desde el 2012 hasta el momento del accidente, igualmente en el exterior de la mina como TOLVERO, encargado del descargue de coche, manipulación de herramientas (maso) y repaliar (arrastre). En el documento, se transcribe la descripción del proceso desde que el demandante ingresa a la mina, entre las cuales se destacan:

> El descargue del Coche: realizado por 4 personas, la tarea la realiza en posición bípeda con postura dinámica, duración de 35 minutos que equivale a 9% de la jornada laboral, duración 40 segundos y durante la jornada descarga 50 coches máximo,
>
> Manipulación de herramientas: con el maso, cuando el mineral es de gran tamaño el trabajador manipula la herramienta realizando ligeros golpes para la disminución del mismo, esta actividad se realiza entre dos personas, 6 veces por día, duración 30 minutos-análisis biomecánico: posición bípeda, postura dinámica, 40% de la jornada laboral.
>
> Repaliar: una vez llega el vehículo para el cague del mineral (volqueta), el trabajador se desplaza a la base de la tolva, luego se sube llegando a la pasarela, altura 3 metros, asegurando el arnés y eslinga, abre las 2 boquillas y cuando cae el mineral, comienza a repaliar- análisis biomecánico: posición bípeda con postura dinámica, duración 205 minutos el 51% de la jornada laboral.

En cuanto a la MANIPULACIÓN DE CARGAS, 4.900 gramos aproximadamente de carbón y mínimo 900 gramos y máximo 3 KG de la herramienta de trabajo. Uso de elementos de trabajo: casco, monogafas, tapa oídos, mascarilla con filtro, arnés de seguridad, guantes de caucho, botas punta de acero, dotación camisa y sudadera: ADECUADOS. Pausas y descansos: 3 horas y 20 minutos al día. El profesional quien realizó el estudio es Edith Yamile Carreño Ruiz fisioterapeuta especialista en SST

A folios 519-525 se allegó EL ANÁLISIS DEL PUESTO DE TRABAJO de fecha **7 de abril de 2018**, en el cual se indicó que, en entrevista con el trabajador, manifestó que la sintomatología inició el 23 de septiembre del 2014, al presentar accidente de trabajo, refiere dolor de columna cervical que le impide los movimientos de cuello y cabeza, que esta incapacitado desde el 2014, por lo demás, relacionó iguales condiciones que el análisis del puesto de trabajo del año 2015 y fue realizado por la Fisioterapeuta especialista en salud ocupacional Viannys Sthepfany Lamprea López.

Por último, se aportó una relación de incapacidades desde el mes de septiembre de 2014 hasta el 1 de mayo de 2018 (fls.571-574).

Declaraciones.

El señor YAMIT RODRÍGUEZ MIRANDA manifestó que trabajo en la empresa demandada como picador durante los años 2005-2008, que en la actualidad tiene vínculo laboral vigente, pero se encuentra incapacitado, que también ejerció como frentero, y tolvero desde el 2012 hasta el 2014 cuando se incapacitó; que antes de ingresar a la empresa demandada, trabajó con la Mina las Mirlas durante 8 años, que allí estuvo afiliado a la seguridad social pero no tuvo salud ocupacional; que el 23 de septiembre de 2014 se resbalo de un puente de madera enfermera y desde allí estuvo incapacitado; que para romper las piedras le suministraron una porra pero muy pequeña por lo que, debían realizar mucha fuerza; que la empresa le proporcionó guantes, botas, casco y gafas, estas últimas, después de haber sufrido un accidente en el ojo en el año 2011; que durante los trabajos desempeñados para la empresa demandada nunca tuvo capacitaciones de auto cuidado; cuando se le puso de presente los documentos firmados respecto a las capacitaciones en salud ocupacional y auto cuidado allegados con la demanda, aceptó que era su firma pero, que nunca recibió dichas capacitaciones, porque se los entregaban a la hora de almuerzo y le decían que era requisitos que exigía la empresa; que hizo pareja en el trabajo con Pompilio Cruz, Rafael Urbina latero, Alirio Villamizar, hasta que lo incapacitaron.

El señor OSCAR MAURICIO ORTEGA BALLESTEROS representante legal COPROCARCEGUA LIMITADA manifestó que en tecnólogo en minas, que conoce al demandante porque se desempeñó en funciones de avance de sobre guías y en el avance de un frente de trabajo que es una cruzada, luego es una labor de desarrollo, una cruzada es una vía que se construye en roca;

que la construcción es en un túnel para hace minería de socavón, minería subterránea; que el demandante ejercía todas las etapas en una jornada de 8 horas, como frentero, perforando con un taladro rotativo eléctrico, labor que se realiza en pareja, luego, se realiza el cargue de los barrenos, que es la colocación del material explosivo, dentro de los huecos después de haber perforado 1,60 1,80 2 m o hasta 2,40 mt., después, la conexión de los detonadores eléctricos permisibles que se utilizan para la operación y mediante el uso de un explosor se hace la respectiva detonación para aflojar el material una vez que el explosivo cumple la función; que a los trabajadores se les instruye perfectamente para partirlas hasta el tamaño de menos de 25 kg para que las carguen a los vagones, después de que se logra esa operación de llenado del coche, entre las mismas dos personas se hace el desplazamiento hasta superficie por una vía que tiene una pendiente perfectamente controlada para evitar sobreesfuerzos. Aseguró que las piedras pesan de 60 a 70 kilogramos porque si superan este peso, violan la norma y sobre esto siempre se les mantuvo informado a los trabajadores; que el demandante trabajó en pareja con Pompilio Cruz, entre los dos empujaban los coches de roca, cargaban los coches, los empujaban, los sacaban a superficie y volvían y reingresaron vacíos, que la pendiente es favorable y el esfuerzo es mínimo porque permite el desagüe del agua; que el actor también trabajó en la labor de latear, que era cargar una lata de carbón que debía ser controlada por una pendiente pero con mínimo esfuerzo, que mediante la construcción del “nuestro” un método diseñado con la intervención de varios trabajadores, facilitaba la actividad y aumentaba la producción y que fue usado desde el 2012; aseguró que las labores de tambores y sobre guías las realizó el actor a una altura de 90 cms a 1.10 metros; aseveró que el desarrollo de esa labor fue acreditada y supervisada con las visitas del Ministerio de Minas, por la ARL POSITIVA, inclusive las Universidades de Medellín, la Universidad UPTC de Sogamoso y la Universidad Francisco de Paula Santander para mirar el proceso y el proyecto como tal; labor que fue consignada en el plan técnico de obras, el plan de trabajo y obras para la recuperación de la mina, dando aplicación a lo establecido en el decreto 1335 de 1987 desde su vigencia.

Se hace importante recalcar, que, respecto a esta última manifestación, el apoderado de la parte demandante, aportó documentos sobre los cuales soporta una tacha de falsedad, alegando que, según concepto de la Agencia Nacional Minera, la empresa COOPROCARCEGUA no tenía permitido trabajar a esa altura, porque lo normado era 1.80 cmts.

El interrogado interviene y solicita al Juez de la causa, que se dé aplicación al art. 203 del Decreto 1335 de 1987 donde se establecen las excepciones, ya que desde la época la Autoridad Minera aprobó el programa de trabajos y obras de la MINA EL GUAYABO y que hasta la actualidad continúa vigente, que no existe autorización sobre la altura de parte de la autoridad minera, porque nunca fue solicitado ya que, al realizar los controles y la vigilancia respectiva, nunca fueron sancionados. Que desde la fecha 24 de septiembre

del 2014 el actor está incapacitado por la EPS porque la ARL cerró el caso; de igual forma, aporta tres folios sobre la complementación de lo dicho.

El señor Pompilio Cruz Toloza fue tachado por la demandada al ser demandante en otros proceso y participar como testigos en otros, sin embargo, el juez decide practicar la prueba y valorar en la sentencia la declaración, manifestó que trabajo con la empresa demandada por dos años desde el 2007-2009, que es pensionado por invalidez y también presentó demanda contra COOPROCARCEGUA; que fue compañero de trabajo del actor desde el año 2007, que realizaban labores de frentero, picador; aseguró que el actor se inclinaba para repaliar y llenar el coche; que cuando se halaba el coche se hacía con sobreesfuerzo porque era muy pesado y muchas veces se descarrilaba y debía ponerlo nuevamente en su sitio con mucho esfuerzo físico; que las carrileras se encontraban en mal estado, mucho barrial, y el conche se hundía. Aseguró que cuando se realizaba la labor de lateo, el actor se agachaba mucho o a veces le tocaba arrodillado porque la altura del puesto de trabajo era de 1 metro; que el piso era resbaloso porque había mucho barro; que se utilizaban dos clases de taladros, uno monofásico y otro trifásico, de rotación, y como vibraran mucho, había que usar fuerza porque mueve todo el cuerpo. Manifiesta que durante los años 2007 al 2009 cuando prestó sus servicios para la empresa, nunca realizaron capacitaciones de salud ocupacional, sin embargo, aceptó que firmó los documentos aportados en el expediente sobre dichas capacitaciones, asegurando que era una exigencia de la empresa. Señaló que para el 23 de septiembre de 2014 no trabajaba en la empresa, razón por la que, no tuvo conocimiento del accidente del actor. Que trabajó como pareja del actor 4 a 6 meses; que la empresa le suministraba la sudadera, las botas y una lámpara, que por un tiempo compró el casco, pero después fue la empresa.

El señor William Rincón fue tachado por el apoderado del demandante por ser trabajador de la empresa y encargado del departamento de seguridad ocupacional, sin embargo, el juez aceptó la práctica y decidió valorar la declaración en la sentencia; el declarante manifestó que ejerce como supervisor jefe en la mina desde el 2005, realiza labores de supervisión del personal, para que hagan las labores conforme a los procedimientos de seguridad, que procura siempre el autocuidado, que hagan las cosas con seguridad de la mejor manera; que en la estructura de la empresa hay personas que son capataces, auxiliares de seguridad, que están pendientes durante toda la jornada laboral dentro de la mina de todas las labores; aseguró que en la empresa funciona el programa de salud ocupacional desde el 2002 cuando estuvo la doctora Erika del Pilar Sánchez Torrado hasta el 2009, luego, la doctora Diana Carolina Nocua en el 2011, y en el año 2014 la ingeniera en mina Sara Consuelo Prieto hizo la especialización en la parte de salud ocupacional y ella fue la que quedó dirigiendo el departamento de salud ocupacional desde ese entonces, y en la actualidad, está al ingeniero Diego Fernando Camacho ingeniero de minas, también es especialista en salud ocupacional y es el encargado del sistema de gestión actualmente; aseguró que la empresa realiza de forma constante las capacitaciones de trabajo seguro, el manejo de la carga, levantamiento, higiene postural, y siempre

procurando el autocuidado; que la empresa les suministró a todos los trabajadores los elementos de protección personal, casco, guantes, lentes, mascarilla anti polvo, protectores auditivos de inserción o de copa, la lámpara de seguridad y la dotación que por ley se exige, que es la ropa de trabajo, el vestido, el uniforme, las botas, el pantalón y la camisa para realizar el trabajo. Aseguró que el demandante estuvo de frentero 30 meses, de picardo 7 meses y reubicado en oficios varios por 8 meses y en tolva por 30 meses; aseveró que el actor trabajó en fecha anterior en una mina durante los años 1995-1996, luego en los años 2002-2005, en construcción y 5 años en agricultura. Que se les instruye a los trabajadores que debe levantar una roca de un peso máximo de 25 kilos, si es mayor, la empresa le suministra las herramientas adecuadas para que hagan esa tarea, como porras, cinceles, barras de hierro si es necesario que tengan que moverlas, pero siempre y cuando la roca este por debajo de los 25 kilos. Que tienen pausas activas, que siempre trabajan en pareja; aseveró que el piso es arenisca y colocan tendidos de polines de madera a cada 80 cm de distancia uno del otro, los rieles tienen 6 m de hierro de muy buena calidad que se le colocan para el desplazamiento de la carrilera, la cual se coloca con una pendiente a favor de 0,5 % y los trabajadores no tienen que hacer mucha fuerza para empujar el coche. Aseveró que la empresa cumple con todas las exigencias de higiene y seguridad minera. Que la ARL realiza 2 visitas al año de fiscalización, evaluando las condiciones de la mina, y todo lo pertinente a la seguridad de los trabajadores, y la Agencia Nacional Minera también hace entre 2 o 3 visitas al año de fiscalización y dejan las actas, en las cuales siempre la empresa ha salido muy bien. Respecto a la pregunta sobre la altura en el lugar de trabajo en tambores y sobreguías, responde que la entidad fiscalizadora nunca ha realizado algún tipo de observación, porque observan que se hace de forma segura y más viable para extraer el yacimiento; que las vías principales cumplen con una altura de 1, 80 como mínimo, y también existen vías que tiene hasta 2,20 m, 2,30 m de altura; que los coches son empujados por dos trabajadores siempre, y la altura es de 1.80 mt., que la pendientes tiene un 0.5% de caída que facilita el traslado y no tienen que inclinarse; sobre actividades de salud ocupacional, dice que son variadas, seguridad y procedimientos seguro del trabajo, sobre levantamiento de cargas, manejo de cargas, autocuidado, calistenia todos los días antes del inicio de labores, charlas de seguridad, procedimiento a seguir al interior de la mina, salud ocupacional con énfasis en la parte psicológica, incentivos a trabajadores en salud ocupacional, que la higiene de la mina es cómoda, baños higiénicos, casinos higiénicos, buena alimentación, hay subsidio para el trabajador del 50% en alimentación.

El testimonio de Jesús Javier Daza Caballero fue tachado de sospechoso, porque tiene demandada a la empresa por daños y perjuicios y enfermedades de origen profesional; que trabajó para la empresa entre el 2006 y 2007 realizando labores de picador, latero y cochero; que conoció al actor quien realizaba labores de frentero, trabaja en peña, trabaja en carbón para madera, coloca rieles, cocha, hace de todo. sobre el latero dice que es bajar el carbón a donde el cochero lo recoge, altura 90 cm a 1,10 o 1,20, el testigo mide 1,64 m, describe el procedimiento del lateo que es llenar la lata con roca

carbón, bajarla hasta vaciarla, hay una inclinación, pero hay que hacer fuerza para levantar la lata y desocuparla, como cochero recogía carbón y lo sacaba a la boca de mina, que latera es recoger el carbón de donde el picador lo deja y bajarlo hacia los tanqueos, o sea hasta donde el cochero lo recoge a una altura de 90 a 1,10 1,20 mt., máximo, actividad que se hace en cuclillas o agachado por espacio de 4 a 5 horas; que se llena la lata con la pala con aproximadamente 300-400 kilos entre carbón y peña; se sacaba halando hacia arriba e iban inclinados; que el actor fue cochero entre el 2006-2007recogía carbón y lo sacaba a la boca de la mina, picador 2006 a 2007 altura 90 cm a 1,20 m máximo, que perforado con taladro eléctrico de rotación; para el de 2008 lo cambiaron a otro nivel otro punto, ya no trabajaba cerca del demandante; que la calidad de la carretera estaba en muy mal estado y se descarrilaba a cada rato, eran charcos de agua. Asegura que nunca tuvieron pausas activas, solo la hora del almuerzo y la salida; que nunca hubo actividades de prevención de enfermedades profesionales; que para la época en que trabajo solo le entregaron un uniforme y botas; que no hubo programas de salud ocupacional; que nunca le dieron indicaciones de cómo realizar las actividades.

El señor José Rafael Urbina Díaz también fue tachado por sospecha, ya que se encuentra incapacitado; manifestó que tiene vínculo vigente con la empresa, está incapacitado desde el 2015 pagadas por la ARL; que conoce al actor porque trabajaron entre el 2005 y 2007; el actor era frentero, repaleador y cochero, aseguró que a partir del 2007 el demandante fue trasladado a otro lugar de trabajo, pero desconoce las labores; que la empresa no realizaba actividades de prevención de enfermedades profesionales; aseguró que las botas entregadas no cumplían con las condiciones mínimas para desarrollar la labor; que conoció a la doctora Erika del Pilar Sánchez como trabajadora en COPROCARCEGUA en el año 2011 pero no tenía relación directa con los trabajadores; que conoció a Diana Carolina Nocua Leal como trabajadora en salud ocupacional; que la empresa para los años 2005-2007 sólo entregó las botas para trabajar; que no tiene conocimiento del accidente sufrido por el demandante porque trabajaba en otra zona; señaló que transportaba como latero entre 300 a 400 kilos, para despejar el frente de trabajo se empuja con fuerza física, hay un desnivel que favorece la movilidad de la lata entre un 25 o 30%, que la altura de trabajo es de 90 cm y va encorvada la columna; desconoce problemas de salud del actor, en esa época se trabajaba con taladro eléctrico, que la empresa realizó una verbal y genérica capacitación en salud ocupacional.

Valoración de las pruebas.

Descendiendo al caso concreto que nos ocupa, el recurrente le atribuye al empleador una actitud omisiva, como causante de la enfermedad profesional causada, por lo que, de las pruebas anteriores, entrará la Sala a verificar si COOPROCARCEGUA LTDA, demostró que no incurrió en la negligencia que se le endilga y que de acuerdo a su defensa, adoptó las medidas pertinentes

en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores, llevando a cabo una política de seguridad y salud en el trabajo regulada, para el momento en que se desarrolla la enfermedad profesional, en la Ley 9 de 1979, la Resolución 2400 de 1979 del mismo año del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; el Decreto 614 de 1984, la Resolución 1016 de 1989 de los Ministerios del Trabajo y Seguridad Social y de Salud y el Decreto 1295 de 1994 hoy Ley 1562 de 2012.

De esta manera, respecto a las declaraciones rendidas en audiencia, el Juez A quo manifestó que, los testigos traídos por el demandante carecían de credibilidad ante la omisión de aceptar que recibieron las capacitaciones y las charlas de salud ocupacional, siendo que, en las pruebas documentales se había demostrado su participación en las mismas; hecho que el apoderado judicial recurrente rechaza, sosteniendo que, el Juez de la causa debía valorar en forma integral la declaración, en especial, sobre lo manifestado de las condiciones laborales, el sobreesfuerzo físico, las malas condiciones de los equipos e implementos de trabajo, y el hecho del incumplimiento de la altura mínima en el socavón o interior de la mina durante las labores de excavación, circunstancia que aceptó el representante legal en el interrogatorio; así mismo, aseguró que las capacitaciones no son eficaces, porque no cumplen con lo señalado las Resoluciones 2400 de 1979 y la Resolución 1016 de 1989.

Así las cosas, se tiene que, las manifestaciones de los señores Pompilio Cruz Toloza, Jesús Javier Daza Caballero y José Rafael Urbina Díaz, fueron concordantes cuando manifestaron que trabajaron con el demandante, el primero en el año 2007, el segundo entre el 2006 y 2007 y el tercero entre el 2005 hasta el 2007; que el oficio ejercido por el actor durante el 2005-2007 fue de picador, frentero y cochero, actividades que realizaba al interior de la mina a una altura de 90 cmt., a 1, 20 metros, utilizaba taladro eléctrico, que la posición era inadecuada porque la actividad la hacían en cuclillas, que realizaban sobreesfuerzo porque llenaban el coche y por las malas condiciones de la mina, se descarrilaba y debían acomodar el mineral y la peña. El señor José Rafael Urbina Díaz acepto conocer a las doctoras en salud ocupacional Erika del Pilar Sánchez Torrado y Diana Carolina Nocua de salud ocupacional.

De lo anterior, se hace preciso indicar que, al comparar lo declarado por los testigos con las pruebas documentales obrantes al plenario y en especial, las valoraciones médicas, los tratamientos por fisioterapia, la historia clínica expedida por SaludCoop en la Clínica La Salle, los médicos tratantes y las conclusiones a las que llegaron el equipo interdisciplinario que conforman las Juntas de Calificación de Invalidez, la sintomatología del dolor lumbar generado por el diagnóstico de "*trastorno de los discos intervertebrales, no específico*", **se exteriorizó desde el mes de septiembre de 2014**, cuando el demandante realizaba el oficio de TOLVERO en la parte externa del socavón

y sufrió un accidente de trabajo, periodo en el que los anteriores testigos no tienen conocimiento, ya que desde el mes de octubre de 2007, ante el accidente de trabajo que afecto el ojo izquierdo, el demandante Rodríguez Miranda **tenía prohibido por orden médica del especialista en oftalmología, ejercer labores al interior de la mina,** razones por las cuales, las manifestaciones realizadas por los testigos, no son suficientes para acreditar la responsabilidad subjetiva del empleador en el origen de la enfermedad laboral padecida por el demandante.

Por otra parte, aunque existe contradicción entre la manifestación dada por el representante legal de la Mina Oscar Mauricio Ortega y el señor William Rincón en calidad de Jefe Supervisor respecto a la altura en la que desarrollaba la actividad el demandante al interior de la Mina, esto es, inferior a la reglamentada en el Decreto 1335 de 1987, se tiene que, en concordancia con lo anterior, el factor de riesgo respecto a las deficiencias del puesto de trabajo durante el mes de mayo de 2005 hasta el mes de octubre de 2007, que corresponden a 2 años y 4 meses, no es significativo ni proporcional para el desarrollo de la patología, pues se itera, **durante estos años, el trabajador Yami Rodríguez Miranda no desarrolló sintomatología pertinente al dolor lumbar no especifico**, lo cual, no le era exigible al empleador realizar evaluaciones periódicas de una condición inexistente, sin embargo, el empleador cumplió con las valoraciones médicas al realizar seguimiento ocupacional durante las 3 consultas vistas a folios 532-537, en la que, la institución prestadora de servicios AGESO LTDA en la especialidad de salud ocupacional durante los años 2008, 2012 y 2013, realizó valoración médica ocupacional al demandante y lo remitió a la especialidad médica de ORTOPEDIA, consulta que no existe constancia que el trabajador hubiese asistido.

En ese orden de ideas, se encuentra cabalmente acreditado que la enfermedad profesional diagnosticada al trabajador, denominada "*trastorno de los discos intervertebrales no especificado*" y su consecuente pérdida de capacidad laboral, tuvo su génesis en el accidente de trabajo sufrido por el actor el día **24 de Septiembre del año 2014** con diagnostico discopatía L4-L5 y L5-S1, por lo tanto funge palmario que la vulneración por parte del empleador a las especificaciones legales de altura de las minas, es una circunstancia totalmente ajena e "**inconexa"** con la enfermedad profesional generada, pues como ya se explicó el actor solo desarrollo su labor **al interior de la mina durante los años 2005 y 2007**, es decir **siete años anteriores** al inició de sus padecimientos lumbares, interregno dentro del cual no desarrollo ninguna clase de sintomatología.

De otro lado, se reitera que los riesgos biomecánicos relacionados con la causa de la enfermedad laboral, estructurada en agosto del año 2016, y cuyos síntomas iniciaron en el año 2014, no fueron consecuencia de **un trabajo físico pesado superior a 25 kg**, en contravía a las disposiciones legales que

regulan la materia, demostrándose en el expediente que el empleador adoptó todas las medidas pertinentes para que el trabajo no se ejecutara de esta manera, pues se allegaron las continuas charlas y capacitaciones, donde se les indicaba a los trabajadores que las rocas no podía pesar más de ese tamaño, en primer lugar, porque estaba prohibido, y en segundo lugar porque el diámetro del coche o la tolva no lo permitía.

En cuanto al factor de riesgo: **“movimientos repetitivos”**, conforme al estudio del puesto de trabajo realizado por la ARL POSITIVA, el trabajador invierte el 51% de su jornada laboral en la actividad de repaliar (arrastre), al descargue del coche en un 9% de la jornada y la manipulación de la herramienta en un 40%, siendo la primera actividad, el factor de riesgo que más se ajusta a la generación de la enfermedad laboral por ejecutarse durante más de la mitad de la duración de la jornada, descartándose entonces como “movimiento repetitivo” el esfuerzo físico derivado del uso de la herramienta MASO, y el aludido descargue (posición ergonómica), como quiera que la Administradora de riesgos labores sostiene que el peso manipulado es sobre la aludida y la posición siempre es bípeda y no de cuclillas o de rodillas como lo señalaron los testigos.

En ese sentido, como ya se indicó ante la evidente existencia de un riesgo para la estructuración de la enfermedad profesional diagnosticada, advierte la Sala, conforme a los elementos de juicio allegados, que el empleador adopto todas las medidas pertinentes para que la ejecución de dichos “movimientos repetitivos” durante la ejecución de su jornada laboral (repaliar/arrastre) no derivaran en la enfermedad padecida, pues adopto un programa de pausas activas (3 horas y 20 minutos) y la práctica de ejercicios musculoesqueléticos para mitigar el impacto de dichos movimientos, además de ejecutar charlas de auto cuidado, capacitaciones al trabajador y tres revisiones por consulta de salud ocupacional para prevenir el desarrollo de patologías derivados de dicho riesgo.

De la misma forma, se precisa el hecho de que el horario de trabajo fue de lunes a viernes desde las 6:00 a.m. hasta las 11:00 a.m. y desde la 1:00 pm-4:00 p.m.; sábados de 4:00 a.m. -6:00 a.m. y de 7:00 -11:00 a.m. (2 veces/mes), que el empleador suministró todas las herramientas para ejercer la labor (casco, monogafas, tapa oídos, marcarilla con filtro, arnés de seguridad, guantes de caucho, botas con punta de acero, camisa y sudadera), que la actividad de repaliar/arrastre la ejercía con una pala que pesa 900 gramos aproximadamente, en posición bípeda con postura dinámica y el maso suministrado pesaba 3 KG, labor de manipulación bimanual con agarre cilíndrico. (conclusiones del ANALISIS DEL PUESTO DE TRABAJO-DETERMINACIÓN DEL ORIGEN visto a folios 511-525 del expediente).

Así mismo, respecto al presunto incumplimiento del numeral 20 del art.11 de la Resolución N.1016 de 1989 y los literales f) y g) del art. 2º de la Resolución No.2400 de 1979, que hacen referencia a los programas de inducción y entrenamiento y la evaluación junto con el sistema de control para la protección de los riesgos profesionales y la instrucción adecuada sobre los peligros, forma y métodos para prevenirlos o evitarlos, en este asunto, de las pruebas anteriormente señaladas, el empleador demostró que realizó las medidas de control necesarias para mitigar el alto riesgo de la actividad que conlleva la minería, a través de las charlas y capacitaciones constantes, donde se demostró la participación del actor desde el 2005 hasta el 2014, y en el caso de que la evaluación sea del 2011, ello no significa ineficacia o falta de efectividad de las medias, pues con las pruebas restantes, el empleador demostró que actuó de forma diligente al entregar todos las herramientas de protección, al realizar las diferentes instrucciones sobre posturas, ambiente laboral, carga física, en la instalación del mecanismo “el nuestro” que funciona desde el año 2012 con el objetivo de optimizar la producción y ayudar al desarrollo de la actividad; aunado a ello, en los años 2013 y 2014 el demandante realizó una encuesta de su estado de salud, donde responde que no presenta síntomas lumbares, solo señala el accidente padecido en el año 2007 en el ojo izquierdo.

Luego entonces, contrario a lo alegado por el recurrente, en este caso el empleador COOPROCARCEGUA LTDA demostró que adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores, llevando a cabo una política de seguridad y salud en el trabajo regulada en la Ley 9 de 1979, la Resolución 2400 de 1979 del mismo año del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; el Decreto 614 de 1984, la Resolución 1016 de 1989 de los Ministerios del Trabajo y Seguridad Social y de Salud y el Decreto 1295 de 1994 hoy Ley 1562 de 2012; siendo la causa de la enfermedad laboral del actor, consecuencia de las actividades propias del oficio.

Ahora, el apoderado judicial del demandante alega el incumplimiento del empleador en lo señalado por el Decreto 1335 de 1987, condición que conforme a los extremos de la actividad desarrollada (2 años y 4 meses) con la aparición del primer síntoma (septiembre de 2014) y la fecha de estructuración de la enfermedad determinada por las Juntas de Calificación de la Invalidez (agosto de 2016), no repercuten en forma suficiente ni proporcional, para lograr con certeza absoluta y suficientemente comprobada, la responsabilidad subjetiva del empleador, no siendo procedente, la condena al pago de la indemnización plena de perjuicios.

De otro lado, el recurrente sostiene que el Juez A quo no valoró la tabla de enfermedades prevista en el Decreto 1477 de 2014, de la cual, se lograba extraer la relación de causalidad entre el hecho dañino y la omisión del empleador en el control, supervisión y vigilancia de las actividades peligrosas,

sin embargo, tal como se explicó en renglones anteriores, la disposición normativa tiene como finalidad, **establecer los agentes de riesgos** a los que se exponen los trabajadores y que dan origen a la producción de una enfermedad con causa o con ocasión a la actividad laboral, es decir, determina cuales son las enfermedades laborales y las que no se encuentran en la tabla, permite que se acrediten mediante la relación de causalidad con la exposición al factor de riesgo ocupacional, sin embargo, como ya se explicó, la sola existencia de factores de riesgo en la mayoría de actividades laborales, no deriva automáticamente en la existencia de CULPA PATRONAL en la producción de una enfermedad profesional, pues para emitir las condenas previstas en el artículo 216 del CST, es necesario demostrar el que el empleador no adopto las medidas pertinentes tendientes a mitigar los riesgos generados en las concretas actividades desarrolladas en su empresa y prevenir así la configuración de patologías de origen laboral.

De la misma forma, contrario a lo alegado por el apoderado judicial del recurrente, el empleador si demostró que contaba con un programa de salud ocupacional desde el mes de enero de 2005 elaborado por la terapeuta ocupacional Herika (sic) del Pilar Sánchez Torrado, en donde se relacionó una tabla de actividades referentes a salud y trabajo. Igualmente, se observan cuadros clasificados en el área de trabajo, factor de riesgo, fuente, efectos posibles, sistema de control, entre los cuales, para los oficios de minero frentero, picador, cochero, latero, malacatero y oficios varios, se encuentran los riesgos ergonómicos, de sobreesfuerzo, posturas prolongadas de pie y flexión, levantamiento y transporte de cargas. También, allegó el formato de inscripción de la empresa ante el Grupo de trabajo empleo y seguridad social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el mes de junio de 2002; el reglamento de higiene y seguridad industrial de la empresa suscrito por el representante legal, el reglamento interno de trabajo, el programa de seguridad industrial “CERO ACCIDENTES” del año 2005; el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo actualizado en el mes de abril de 2014; el PLAN DE EMERGENCIA elaborado por la especialista en salud ocupacional Diana Carolina Nocua Leal en el mes de noviembre de 2013.

Además, no es cierto lo alegado por el recurrente cuando asegura que el empleador sólo a partir del 2014 inició con los anteriores programas, puesto que desde la existencia de la extinta Administradora de Riesgos Profesionales (hoy ARL) ISS en fecha 14 de agosto de 2007, se demostró la visita de seguridad y salud ocupacional en la mina, donde analizó las medidas preventivas respecto a las áreas de trabajo prevista en el art. 33 del Decreto 1335/87; el manejo de explosivos, el control de gas metano, registro de gases, verificación de vías de evacuación, realizó la revisión del cumplimiento en los previsto en la Ley 100/93, resolución 2013/86, Decreto 1016/89 y Decreto 1295 de 1994 respecto a la existencia del programa de salud ocupacional vigente y en ejecución, la realización de exámenes médicos laborales de ingreso de los trabajadores, de la existencia del Comité Paritario de Salud Ocupacional, de las afiliación de los trabajadores al sistema integral

de seguridad social, de la existencia de estadísticas de accidente y enfermedades laborales, del cumplimiento de lo previsto en los arts.26-51 del Decreto 1335/87 y las normas complementarias, y se dejó consignada una observación respecto a las vías de acceso: “las vías son amplias (3m2) que permiten el transito del personal.

Por las razones expuestas en precedencia, la Sala **CONFIRMARÁ** en su totalidad la sentencia apelada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 30 de mayo de 2019, en consecuencia, el problema jurídico planteado, quedará resuelto en forma desfavorable al demandante recurrente, al haberse demostrado que el empleador COOPROCARCEGUA LTDA actuó de manera diligente para controlar y mitigar los factores de riesgos en la actividad minera desarrollada por el demandante YAMI RODRÍGUEZ MIRANDA, a través de la aplicación del sistema de seguridad ocupacional, capacitaciones, entrega de las herramientas laborales, mecanización de las actividades de producción y ejecución, seguimiento constantes y periódico de salud ocupacional entre otras, con el propósito de proteger, la salud e integridad física para el momento en que se desarrolla la enfermedad profesional, en el mes de septiembre de 2014 y hasta la estructuración de la misma en agosto de 2016, incluso, desde el inicio de la vinculación laboral del trabajador en el año 2005.

Se condenará en costas al demandante YAMI RODRÍGUEZ MIRANDA por no haberle prosperado el recurso de alzada, fijando como agencias en derecho a su cargo y a favor de la demandada COOPROCARCEGUA LTDA, la suma de $500.000 equivalente según el art. 365 del CGP y el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de **2016** proferido por la Sala Administrativa del CSJ.

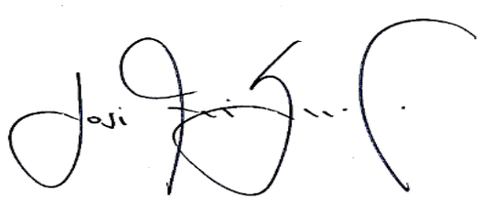
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR totalmente la sentencia apelada proferida por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA de fecha 30 de mayo de 2019, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales en esta instancia, al demandante YAMI RODRÍGUEZ MIRANDA por no haberle prosperado el recurso de alzada, fijando como agencias en derecho a su cargo y a favor de la demandada COOPROCARCEGUA LTDA, la suma de $500.000 equivalente según el art. 365 del CGP y el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de **2016** proferido por la Sala Administrativa del CSJ.

NOTIFIQUESE.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 060, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2021.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Juzgado Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2019-00167-00
Partida Tribunal: 19144
Demandante: JOSE DEL CARMEN PEREZ HERNANDEZ
Demandada(o): COLPENSIONES / PORVENIR S.A.
Tema: NULIDAD DE TRASLADO
Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 18 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-004-2019-00167-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19144 promovido por el señor JOSE DEL CARMEN PEREZ HERNANDEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y POVERNIR, S.A.

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

I. A N T E C E D E N T E S

El demandante JOSE DEL CARMEN PEREZ HERNANDEZ demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÌAS COLPATRIA, hoy PORVENIR, por la indebida y nula

información que le suministrara el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

II. H E C H O S

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

1. Que ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 30 de junio de 1992, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS).
2. Que el 22 de febrero de 1995 realizó traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, sin recibir información de los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

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

Como excepciones de fondo propuso las que denominó COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN PRETENDIDA, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

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

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

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 18 de noviembre de 2020, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante, JOSE DEL CARMEN PEREZ HERNANDEZ c.c. 13.451.760 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A, a partir del 22 de febrero de1995, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo pensional PORVENIR SA., devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hubiere recibido desde el 22 febrero de 1995, con motivo de la afiliación de la parte demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, (artículo 20 inciso 3 ley 100 de1993 modificado por el articulo 7 ley 797 de 2003 y literal b) articulo 60 ley 100 de 1993). Conforme a lo considerado.

TERCERO: DECLARAR que la demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de mérito de buena fe, la que por sí sola no enerva lo pretendido por EL actor.

QUINTO. - Declarar no probada la excepción de prescripción y demás propuestas conforme a lo considerado.

SEXTO: Condenar a COLPENSIONES, a recibir el capital pensional procedente del fondo privado PORVENIR S.A, por la cuenta del aquí demandante, y traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado.

SEPTIMO- Condenar en costas a favor de la parte demandante y en contra de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se absuelve a Colpensiones al no haber sido determinante del traslado conforme a lo previsto en el ART. 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO

5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA, por valor de cuatro (4) S.M.L.M.V. cada uno asciende $877.803.oo , PARA UN TOTAL GLOBAL DE $ 3.511.212 a cargo pasiva PORVENIR S.A, excluyendo a Colpensiones, según DECRETO 2360 diciembre 26 de 2019 (FIJA EL S.M.L.M.V), las que se incluirán en la liquidación de costas EN U MOMENTO PROCESAL OPORTUNO.

OCTAVO. - ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, por parte de COLPENSIONES, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior funcional, en razón a que hay condena al imponerse una obligación a COLPENSIONES S.A.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a la afiliada al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado. En relación a lo anterior, para el despacho existió una afectación del derecho fundamental de dignidad del trabajador a una vida digna, con una pensión por un valor mucho menor de mantenerse en el régimen, dónde se está saltando la libertad de voluntad de escoger libremente el fondo por la parte interesada del afiliado, que tenía derecho a recibir una información veraz.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la ineficacia del traslado no es procedente por estar fundamentada en la falta de información al afiliado, siendo que el señor JOSE DEL CARMEN PEREZ HERNANDEZ estaba capacitado para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen. Señala que han pasado 20 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que el accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen.

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

Igualmente, que se parte de la buena fe de Porvenir S.A. que suministró esta información y que no hay ningún método idóneo o método probatorio que pueda demostrar una situación diferente, por cuanto no le era exigible a los fondos privados en ese momento.

PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que el traslado de régimen fue efectuado en el año de 1995, y para esa época, se encontraban vigentes las disposiciones del estatuto orgánico del sistema financiero, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su versión original y el artículo 11 del decreto 692 del 94; que estas disposiciones, y en especial del estatuto orgánico del sistema financiero del artículo 13 de la Ley 100 del 93, establecían obligaciones de dar información acerca de los traslados pero eran unas obligaciones de carácter genéricas o abstractas, que no establecían unos mínimos o unos máximos que debían cumplir los fondos de pensiones para entenderse que se habría producido el traslado en debida forma.

Precisó que el artículo 11 del decreto 692 del 94 establecía que como prueba única de que el traslado se realizó conforme a la Ley, se debía suscribir por parte del señor demandante en ese caso, un formulario de afiliación; que ese mismo decreto establecía cuál era el contenido de dicho formulario de afiliación, que era aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia; que los fondos de pensiones en este caso Porvenir S.A. obrando bajo los principios de la buena fe y la confianza legítima que le ofreció una institución del estado, como lo era la Superintendencia Financiera de Colombia, elaboró dicho formulario el cual fue manuscrito por el demandante y en el cual se deja como evidencia o prueba única o documental de que el traslado se dio conforme a la Ley, formulario este que no fue tachado de falso por la parte demandante luego tiene plena validez probatoria.

Que es solo a partir del año 2008, que la Corte Suprema de Justicia impone a los fondos de pensiones y cesantías una serie de cagar probatorias que exigen cumplimiento, lo que en el año de 1995 no se exigía.

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

como el siguiente, en su artículo 964 inciso final dice: “En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”; también, señala que este acápite no fue solicitado por el demandante, sino por el Ministerio Público.

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

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

Ahora bien, en los que se refiere a la condena en costas alegó que cuatro salarios mínimos resultan excesivos en este caso, habida cuenta de los criterios establecido por el Consejo Superior de la Judicatura, es un proceso de una audiencia, y no hubo mayor actividad probatoria, simplemente se planteó un interrogatorio de parte y se aportaron las pruebas documentales, por lo tanto, manifestó que dicha suma resulta excesiva teniendo en cuenta la actividad desplegada por la parte demandante.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

1. **PARTE DEMANDANTE.** Manifestó la parte que resulta evidente, en virtud de los hechos que desprende el presente caso, que la administradora de pensiones NUNCA desplegó un ejercicio activo de acompañamiento a la señora CLAUDIA OVEIDA PADILLA RANGEL, informándole de las consecuencias que podría acarrear tal cambio de régimen, o manteniéndola actualizada con sus obligaciones de afiliada, con el detallado de sus aportes, o con la proyección de su pensión de vejez, en un momento oportuno que permitiese un posible cambio de régimen en una vía legal; que la administradora de pensiones NO notificó ni siquiera la eficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, soslayando su deber de información, a tal punto, que su trabajo se dedicó a recolectar una firma en un formulario en blanco, sin

ninguna información otorgada por parte de sus asesores, y bajo ningún acompañamiento realizado.

Indicó que la señora CLAUDIA OVEIDA PADILLA RANGEL, estuvo plenamente convencida de que ésta firma nunca generó efectos jurídicos, por toda la labor desplegada por su empleador, y porque todos los pagos de sus prestaciones sociales, iban dirigidos al régimen de prima media con prestación definida; que tal como se prueba dentro de la presente demanda, el único acercamiento por parte del fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte S.A. (Hoy fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. producto de la fusión realizada el 31 de diciembre de 2013), fue cuando la posibilidad de trasladarse de régimen resultaba inadmisible en virtud del orden jurídico vigente, a la época; que se configuró en el caso una falta absoluta al deber de información y demás obligaciones que recaían en la administradora de pensiones.

Por lo anterior, indicó que se debe confirmar la sentencia proferida por el A quo, la cual considera ajustada a derecho.

2. **PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.** En sus alegatos de conclusión, la pasiva solicitó se revoque la sentencia proferida por el A quo, y en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Indicó que revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia vigente en la época del traslado; que La AFP PORVENIR informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen; que, de hecho, además de los canales dispuestos por la Administradora y el envío de la información junto con los extractos trimestrales, en el año 2004, PORVENIR S.A. junto con los demás fondos de pensiones realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y la demandante no hizo uso de esa legítimo derecho, por lo que nadie puede alegar su propia torpeza.

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

se debe acudir al Código Civil, como referente normativo en este asunto; que en tal sentido, el artículo 964 del CC, inciso final, claramente establece que toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producir los frutos; que los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital.

3. **PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES.** Reiteró la parte en sus alegaciones, lo expuesto en la contestación a la demanda, resaltando que la parte demandante alega engaño por el fondo privado, al no brindar la información suficiente para realizar el traslado de régimen, sin embargo, su traslado se realizó de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley para hacerlo, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido Colpensiones, sin que probara el engaño aducido a pesar de que la carga dinámica no es absoluta y obedece a la verificación de los escenarios particulares de cada asunto como la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, que para el caso de la demandante supera los 10 años.

   Indicó que se debe tener en cuenta la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual se establecen los mecanismos para que tanto las AFP como Colpensiones realicen asesorías a partir de 01/10/2016 a las mujeres de 42 años o mayores, y hombres de 47 años o mayores, desde dicha fecha los ciudadanos no se podrán trasladar de Régimen sin antes haber recibido dicha asesoría, por lo cual dicha restricción no es retroactiva y comienza a regir a partir de la fecha dispuesta por la Superintendencia Financiera de Colombia.

   Que de esta forma, en el caso CLAUDIA OVEIDA PADILLA RANGEL, era imposible para Colpensiones brindar la asesoría referida pues para 2016 pertenecía al RAIS.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por el demandante JOSE DEL CARMEN PEREZ HERNANDEZ en el año 1995 a PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.

2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliada con anterioridad.

3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

4. Por último, se revisará la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

ANÁLISIS PROBATORIO

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

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora

ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales, los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

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

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que el demandante JOSE DEL CARMEN PEREZ HERNANDEZ ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 30 de junio de 1992, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), y que el 22 de febrero de 1995, realiza traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR.

Revisando las pruebas allegadas a los autos, se evidencia que si bien en el formato visto a folio 26 del expediente, el cual fue suscrito por el demandante, se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que "*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*", considera la Sala que estas calidades de la decisión no se encuentran demostradas, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR, S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró a la demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

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

entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular del demandante.

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

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

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el mes de mayo de 1997, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «…las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas…».

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

> Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *statu quo ante* no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.
>
> Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.
>
> Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

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

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

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

consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, sumas estas que se encuentran bajo la custodia de las Administradoras, y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

> En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho 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."

Así las cosas, no queda otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en cuanto condenó a la demandada a devolver "devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hubiere recibido desde el 22 febrero de 1995, con motivo de la afiliación de la parte demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, (artículo 20 inciso 3 ley 100 de1993 modificado por el articulo 7 ley 797 de 2003 y literal b) articulo 60 ley 100 de 1993)".

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

valer tales derechos de forma que se acompasen a la legalidad.

COSTAS PROCESALES

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

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

Así mismo, en lo referente al monto de las costas procesales, materia de inconformidad por Porvenir, debe indicarse, 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”.

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

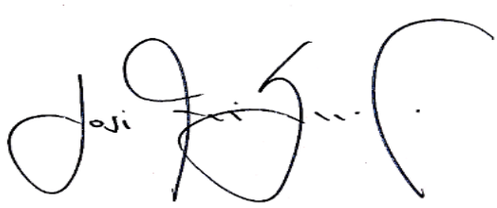
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 18 de noviembre de 2020.

SEGUNDO: **CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a cada una de las entidades demandadas, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS ($400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A. y POVERNIR, S.A. y en favor de la demandante.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 060, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2021.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Juzgado Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 540013105004-2019-00316-00.
Partida Tribunal: 19154
Demandante: AURA NUBIA MARTINEZ PATIÑO.
Demandada (o): COLPENSIONES- PORVENIR- PROTECCIÓN
Tema: NULIDAD DE TRASLADO
Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 23 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 540013105004-2019-00316-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19154 promovido por la señora AURA NUBIA MARTINEZ PATIÑO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, S.A. y PORVERNIR, S.A.

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

I. A N T E C E D E N T E S

La demandante AURA NUBIA MARTINEZ PATIÑO demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada inicialmente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÌAS PROTECCIÓN, y posteriormente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÌAS PORVENIR, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerla de que se

trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

Subsidiariamente pretendió que se declare que PROTECCIÒN S.A. y PORVENIR S.A. le ocasionaron perjuicios y por tanto deben ser reparados; así mismo, solicitó que, a manera de indemnización, deben proceder dichos fondos a reconocer la pensión por vejez a su favor, en las mismas condiciones y circunstancias a que tenía derecho, si se hubiese pensionado en el régimen de prima media.

II. H E C H O S

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

1. Que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde octubre de 1984 hasta abril de 1995.
2. Que cotizó al régimen de prima media un total de 544.48 semanas, habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación al fondo de pensiones PROTECCIÓN a partir de mayo de 1995. Traslado que no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existió consentimiento de libertad y voluntariedad.
3. Que a partir de noviembre de 1997, se traslada del fondo de pensiones PROTECCIÓN al fondo PORVENIR S.A, fondo en el cual está vinculada.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, S.A., ésta dio formal contestación manifestando que se atiene a las resultas del proceso, en el entendido que la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS, razón por la cual tiene plena validez y respecto de la nulidad del contrato suscrito con la AFP DEL RAIS, alegada por la interesada, deberá probarse dentro del desarrollo del proceso judicial.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó LA INNOMINADA O GENÉRICA, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÌAS PROTECCIÒN S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, manifestando que la entidad, previo a realizar cualquier tipo de afiliación a los fondos que administra, ofrece siempre una asesoría de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben los ejecutivos comerciales, las cuales están orientadas a un estudio profundo del sistema general de pensiones, y al marco legal que regula el mismo, buscando siempre la satisfacción de los clientes, generando tranquilidad y confianza en la afiliación; indicó además que PROTECCIÒN no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen que hiciera inicialmente la demandante.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE Y LA INNOMINADA.

Por su parte, PORVENIR S.A. indicó que se opone a la totalidad de pretensiones principales incoadas por la demandante, ya que esta se encuentra afiliada a PROTECCIÒN, por lo que, en el remoto evento de una sentencia condenatoria, a la entidad le resultaría imposible atender lo solicitado.

Adicionalmente manifestó que en el traslado efectuado inicialmente no existió vicio alguno que amerite o genere su nulidad o ineficacia y de accederse a las súplicas de la demanda, sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual.

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

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 23 de noviembre de 2020, resolvió decretar la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual que la demandante AURA NUBIA MARTINEZ PATIÑO realizó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN y con posterioridad a PORVENIR SA y en consecuencia, condenó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección

SA y a Porvenir SA a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actora AURA NUBIA MARTINEZ PATIÑO, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto con los rendimientos que se hubieren causado, en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; así mismo ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que, una vez la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA y Porvenir SA den cumplimiento a lo ordenado, proceda a aceptar el traslado de la señora AURA NUBIA MARTINEZ PATIÑO del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

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

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

La parte demandante presentó recurso de apelación por no estar satisfecha con el acápite octavo (8) de la providencia; señala que la condena en costas le fue eximida a Colpensiones al no haber sido determinante en el traslado; indicó que bajo el artículo 345 del Código General de Proceso, Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, y al resultar vencida en juicio, debe ser condenada en costas.

2. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La parte demandada no se encontró de acuerdo con la decisión proferida por el Juez A quo, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que no es posible aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta que la demandante estaba capacitada para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen; señala que han pasado 20 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que el accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen.

Indicó que la obligatoriedad que surge de recibir a la demandante dentro del régimen de prima media, genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que la demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca son suficientes para el otorgamiento de las pensiones, por

lo que se genera un desbalance dentro de Colpensiones, situación que se debe cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional faltando menos de los 10 años para adquirir la pensión, trasgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100.

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

3. PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que el traslado de la señora demandante ocurrió el 17 de abril de 1995 con el fondo PROTECCIÓN S.A., y que por lo tanto, los efectos de la sentencia deben ser asumidos por ese fondo de pensiones. Las condenas diferentes a los rendimientos y el capital que obra en Porvenir S.A., deberían ser asumidas en su integridad por PROTECCIÓN S.A.

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

Solicitó que de mantenerse la decisión respecto de la nulidad del traslado de régimen, se revoque la orden de devolver los gastos de administración en que incurrió el fondo, en virtud del artículo 964 del CC. En cuanto a los pagos realizados por primas de seguro para cubrir los sinestros de invalidez, vejez y muerte, son situaciones juridicas ya consolidadas, donde ya se prestó el servicio por parte de PORVENIR S.A., de manera positiva pues se produjo un rendimiento, y resulta imposible retornar los efectos sobre hechos ya causados y ocurridos.

Por último, se mostró en desacuerdo con la condena en costas impuesta ya que el trámite de la audiencia fue breve, con base en las pruebas documentales y efectuado en una sola audiencia.

4. PARTE DEMANDADA- PROTECCIÒN, S.A.

Fundamentó la parte su recurso de apelación señalando que, como se pide que las cosas vuelvan al estado en como se encontraban antes, según numeral 3 de la sentencia, se entiende que el contrato de afiliación nunca existió y, por ende, PROTECCIÓN nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos de la cuenta no se causaron.

Con base en esto, aunque se declare la ineficacia del traslado no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras, como son los rendimientos de la cuenta producto de la buena gestión de la AFP. Estas condiciones generarían un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante.

De otra parte, alegó que la exigencia de devolver el seguro previsional se considera inoperante porque el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección contrata con una aseguradora el pago del seguro previsional, cuando se presente el riesgo de la pensión de vejez o una pensión de invalidez o una pensión de sobrevivencia y en ese caso la aseguradora paga una suma adicional que se produce porque el fondo de pensiones mensualmente le está pagando, es girado directamente a la aseguradora prestando el servicio, la cual es un tercero de buena fe; que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado frente a los terceros de buena fe cuando se declara la nulidad del negocio jurídico de la siguiente manera: “los terceros que no se pueden ver perjudicados por la nulidad del negocio simulado, refiere la doctrina contemporánea, son los tercero de buena fe los que obran con base a la confianza que suscita un derecho aparente, los que no pudieron advertir un error no reconocible, los que obrando con cuidado y previsión se atuvieron a lo que entendieron o pudieron entender, vale decir a los términos que se desprenden de la declaración en a los que permanecen guardados en la conciencia de los celebrantes”.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

1. **PARTE DEMANDANTE.** Solicitó la parte CONFIRMAR lo decidido por el juez de primera instancia en torno a la ineficacia de traslado declarada, incluidos los efectos a cargo de la A.F.P. ROTECCIÓN S.A. – determinante del ineficaz traslado - y de la A.F.P. PORVENIR S.A. – donde actualmente se encuentra afiliada -, REVOCANDO lo atinente a la absolución de costas con que se favoreció a COLPENSIONES y, en su lugar, CONDENAR en costas de primera instancia a dicha administradora del régimen de prima media.

2. **PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES.** En sus alegatos de conclusión, la pasiva resaltó que la parte demandante alega engaño por el fondo privado, al no brindar la información suficiente para realizar el traslado de régimen, sin embargo, su traslado se realizó de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley para

hacerlo, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido Colpensiones, sin que probara el engaño aducido a pesar de que la carga dinámica no es absoluta y obedece a la verificación de los escenarios particulares de cada asunto como la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, que para el caso de la demandante supera los 10 años.

Indicó que se debe tener en cuenta la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual se establecen los mecanismos para que tanto las AFP como Colpensiones realicen asesorías a partir de 01/10/2016 a las mujeres de 42 años o mayores, y hombres de 47 años o mayores, desde dicha fecha los ciudadanos no se podrán trasladar de Régimen sin antes haber recibido dicha asesoría, por lo cual dicha restricción no es retroactiva y comienza a regir a partir de la fecha dispuesta por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Que de esta forma, en el caso de la demandante era imposible para Colpensiones brindar la asesoría referida pues para 2016 pertenecía al RAIS.

3. **PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.** En sus alegatos de conclusión, la pasiva solicitó se revoque la sentencia proferida por el A quo, y en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Indicó que revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia vigente en la época del traslado; que La AFP PORVENIR informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen; que, de hecho, además de los canales dispuestos por la Administradora y el envío de la información junto con los extractos trimestrales, en el año 2004, PORVENIR S.A. junto con los demás fondos de pensiones realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y la demandante no hizo uso de esa legítimo derecho, por lo que nadie puede alegar su propia torpeza.

Respecto a la condena de que se restituyan con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A los gastos de administración descontados durante el tiempo que permaneció en el fondo, precisó que no comparte esta condena, pues al declararse la ineficacia del traslado, se ordena

como consecuencia de ello, una serie de restituciones, entre ellas los frutos o rentabilidades generadas por el capital pensional, por lo tanto, se debe acudir al Código Civil, como referente normativo en este asunto; que en tal sentido, el artículo 964 del CC, inciso final, claramente establece que toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producir los frutos; que los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante AURA NUBIA MARTINEZ PATIÑO en el año 1995 a PROTECCIÓN S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.

2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PROVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliado con anterioridad.

3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

4. Por último, se revisará la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

ANÁLISIS PROBATORIO

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

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

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

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

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

Por tanto se entiende que, las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones, con fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1.993; así mismo, se advierte, que el deber de información que le impone la ley a las administradoras de pensiones, se entiende como **obligación de**

carácter profesional que se materializa a través de expertos en la materia a quienes le corresponde suministrar toda la información necesaria y relevante según sea el escenario en que se encuentra el afiliado o potencial vinculado, lo que implica una asesoramiento desde la antesala de la afiliación y que se extiende a todas las etapas de este proceso hasta que se garantice el disfrute de la pensión.

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

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

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

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado, no siendo suficiente el simple consentimiento informado expresado en el formulario de afiliación, ya que esto no demuestra que en efecto se cumplió con el deber

de suministrar dicha información, demostración esta que por demás se encuentra, dentro de un proceso judicial, en cabeza del Fondo de Pensiones, invirtiéndose la carga de la prueba. (Ver sentencias de radicados N° 31989 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicado n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 27 de septiembre de 2017, SL 17595 con radicado n° 46292 de 18 de octubre de 2017, la sentencia SL 2372 con radicado n° 45041 de 23 de mayo de 2018, sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018 y SL1452 de 2019).

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

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

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

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde octubre de 1984 hasta abril de 1995, que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación al fondo de

pensiones PROTECCIÓN a partir de mayo de 1995, y que a partir de noviembre de 1997, se traslada del fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. al fondo PORVENIR S.A, fondo en el cual está actualmente vinculada.

Luego entonces, de las pruebas arrimadas al proceso se observa que no fue aportado siquiera el formulario de solitud de traslado de régimen que hiciere inicialmente la demandante, de COLPENSIONES a PROTECCIÓN S.A., sin que fuera demostrado por PROTECCIÓN, en virtud de la inversión de la carga probatoria, que a la señora AURA NUBIA MARTINEZ PATIÑO se le hubiera suministrado una información con las calidades exigidas que lleva consigo la migración de régimen pensional, más allá de la simple suscripción de un formulario, con una expresión genérica de manifestación de voluntad libre e informada.

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

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

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

forma favorable a la demandante AURA NUBIA MARTINEZ PATIÑO por lo que, en esta instancia se CONFIRMARÁ lo resuelto por el juez A quo.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

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

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

> Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *statu quo ante* no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.
>
> Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.
>
> Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ

> SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

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

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia el fondo privado PROTECCION S.A. y de este al fondo PORVENIR, S.A. las cosas deben retrotraerse como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución por parte de dichos fondos privados a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, debiéndose entonces CONFIRMAR en este sentido la sentencia apelada y consultada.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

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

La selección de régimen pensional es un acto derivado de la relación de afiliación (artículo 13 de la Ley 100 de 1993, hoy modificado por el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994), de tal suerte que la circunstancias en que se dio el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad de la demandante, precedido del deber del buen consejo por parte de la administradora de pensiones en la oferta precontractual de servicios que en el presente caso no se avizora, fue, en esencia, la forma en que nació a la vida jurídica el HECHO DE LA AFILIACION al régimen de ahorro individual, por lo tanto, esa concreta situación fáctica que resulta

inherente a la consolidación del ESTATUS PENSIONAL de la demandante no está sujeta al fenómeno de la prescripción, lo que igualmente se predica de la condición de afiliado y los actos que emanen de tal condición, pues de allí surge el derecho a percibir y disfrutar vitaliciamente de la respectiva pensión.

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

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

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

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

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

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

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

COSTAS PROCESALES

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

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

Así mismo, la parte demandante estuvo en desacuerdo con la absolución que hiciere el juez A quo respecto de las costas procesales a cargo de COLPENSIONES, considerando esta Sala que le asiste razón al apelante en cuanto dicha entidad se opuso a las pretensiones de la demanda, y en virtud de lo explicado en líneas precedentes, la misma es considerada como vencida en juicio, debiéndose entonces, a la luz del citado artículo 365 del CPG, ADICIONAR la sentencia atacada en el sentido de CONDENAR en costas de primera instancia a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, a favor de la demandante, ordenándose al Juez A quo fijar las agencias correspondientes a dicha instancia y liquidar el

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

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 23 de noviembre de 2020 en el sentido de CONDENAR en costas de primera instancia a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, a favor de la señora AURA NUBIA MARTINEZ PATIÑO, ordenándose al Juez A quo fijar las agencias correspondientes a dicha instancia y liquidar el monto global de las mismas.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 23 de noviembre de 2020.

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

N O T I F Í Q U E S E

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 060, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2021.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Juzgado Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 5400131-05-004-2019-00392-00
Partida Tribunal: 19166
Demandante: DIEGO CHARRIA JIMENEZ
Demandada(o): COLPENSIONES / AFP PROTECCIÓN
Tema: NULIDAD DE TRASLADO
Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas y demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado N°5400131-05-004-2019-00392-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19166 promovido por el señor DIEGO CHARRIA JIMENEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y AFP PROTECCIÓN.

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

I. A N T E C E D E N T E S

El demandante DIEGO CHARRIA JIMENEZ demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÌAS PROTECCIÓN, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen, y en

consecuencia, se ordene a el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

II. H E C H O S

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

1. Que nació el 22 de septiembre de 1952.

2. Que ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 02 de septiembre de 1981, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS).

3. Que el 20 de junio de 1995 realizó traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORTECCIÓN, sin recibir información de los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro.

4. Que el día 12 de septiembre de 2019 recibió de PROTECCIÓN la primera simulación mesada pensional. Valor de: OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL CIENTO DIECISEIS PESOS M/CTE ($828.116).

5. Que mediante Derecho de Petición presentado al Fondo de Pensiones PROTECCION S.A el día 28 de agosto de 2019, solicitó la nulidad e ineficacia del traslado de administradora, de conformidad con la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral, las sentencias reconocidas con los radicados N° (s) 33083 del 22 de noviembre de 2011 y 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la Magistrada EL SY DEL PILAR CUELLO CALDERON, sin recibir respuesta alguna por parte de la entidad.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

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

Como excepciones de fondo propuso las que denominó COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN PRETENDIDA, BUENA FE, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

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

Como de mérito propuso las excepciones que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/0 INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/0 INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE Y LA INNOMINADA O LA GENÉRICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 30 de noviembre de 2020, resolvió lo siguiente:

> PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante, DIEGO CHARRIA JIMENEZ, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A, a partir del 1º octubre de 2015.
>
> SEGUNDO: CONDENAR al fondo pensional PROTECCION SA., devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hubiere recibido desde el 1 octubre DE 2015, y hasta cuando sea real y efectiva la entrega de recursos a COLPENSIONES S.A, con motivo de la afiliación de la parte demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, (artículo 20 inciso 3 ley 100 de1993 modificado por el articulo 7 ley 797 de 2003 y literal b) articulo 60 ley 100 de 1993)…

TERCERO: DECLARAR que el demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de mérito de buena fe, la que por sí sola no enerva lo pretendido por el actor.

QUINTO. - Declarar no probada la excepción de prescripción y demás propuestas conforme a lo considerado.

SEXTO: Condenar a COLPENSIONES, a recibir el capital pensional procedente del fondo privado PROTECCION S.A, por la cuenta del aquí demandante, y traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado.

SÉPTIMO.-Condenar en costas a favor de la parte demandante y en contra de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., se absuelve a Colpensiones al no haber sido determinante del traslado conforme a lo previsto en el ART. 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA, por valor de tres (3) S.M.L.M.V. cada uno asciende $877.803.oo , PARA UN TOTAL GLOBAL DE $ 2.633.409 a cargo de las pasiva por cada proceso. excluyendo a Colpensiones, según DECRETO 2360 diciembre 26 de 2019 que fija el s.m.l.m.v., AGENCIAS FIJADAS que se incluirán en la liquidación de costas en su oportunidad procesal.

OCTAVO. - ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, por parte de COLPENSIONES, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior funcional, en razón a que hay condena al imponerse una obligación a COLPENSIONES S.A.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a la afiliada al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado. En relación a lo anterior, para el despacho existió una afectación del derecho fundamental de dignidad del trabajador a una vida digna, con una pensión por un valor mucho menor de mantenerse en el régimen, dónde se está saltando la libertad de voluntad de escoger libremente el fondo por la parte interesada del afiliado, que tenía derecho a recibir una información veraz.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial del demandante, interpuso recurso de apelación de manera parcial, mostrándose inconforme con el numeral primero de la sentencia en cuanto a la fecha de afiliación, pues el despacho señala la nulidad del traslado desde el año 2015, obviando la suscripción del formulario del 20 de

junio de 1995, el cual fue enunciado en el libelo genitor, numeral 9 del acervo probatorio.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación, manifestando que el señor DIEGO CHARRIA JIMENEZ se afilió y se trasladó de régimen libremente y en toda su capacidad. Que han pasado 20 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que el accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen.

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

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

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

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

La apoderada judicial del demandante solicitó confirmar en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia, porque el demandante no recibió del fondo privado de pensiones PROTECCION S.A, la información necesaria, ni pertinente, para efectuar el traslado del régimen, de conformidad con lo previsto en el artículo, 13 de la Ley 100 en el que se destaca en su literal b) que la afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria, pues de lo contrario, «la afiliación respectiva quedará sin efecto", la cual debe ser precedida de información clara, tal y como ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, y el artículo 271 de la ley 100 de 1993, donde establece la ineficacia como esa consecuencia jurídica para esta falta de información.

PROTECCIÓN S.A. solicitó que la sentencia sea revocada en su totalidad, ratificando el recurso de apelación en el sentido de alegar que para la fecha en que ocurrió el traslado de régimen, no existían requisitos que la jurisprudencia actual sostiene sobre el consentimiento informado. Que, en el caso de confirmarse la decisión, únicamente procede la devolución de los aportes, pero no de respecto a la comisión de administración, descuentos autorizados por la ley en contraprestación del buen servicio. Tampoco es procedente la devolución del SEGURO PROVISIONAL.

COLPENSIONES ratifica el recurso de alzada y alega que la carga de la prueba respecto al presunto engaño en la información al momento de traslado de régimen es del demandante, y en este caso cumplió con la obligación procesal, siendo el silencio, la aceptación en el tiempo, que para el caso de la demandante supera los 10 años. Solicitó sea analizada la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral No. 4 de la CSJ de radicado 73952 SL1120/2020 Magistrada Ponente Doctora Ana María Muñoz Segura. Que de conformidad con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual se establecen los mecanismos para que tanto las AFP como Colpensiones realicen asesorías a partir de 01/10/2016 a las mujeres de 42 años o mayores, y hombres de 47 años o mayores, desde dicha fecha los ciudadanos no se podrán trasladar de Régimen sin antes haber recibido dicha asesoría, por lo cual dicha restricción no es retroactiva y comienza a regir a partir de la fecha dispuesta por la Superintendencia Financiera de Colombia. Alega la falta de legitimación por activa de Colpensiones, respecto a una indebida asesoría, un supuesto engaño ni un vicio en el consentimiento generado por la(s) Administradora(s) de Fondo(s) de Pensiones del RAIS, discutida por la parte demandante al momento de la asesoría que tuvo como resultado el traslado de régimen

pensional y la suscripción del formulario de afiliación al fondo privado, correspondiéndole esta obligación únicamente a la demandante, y al (los) fondo (s) privado (s) del régimen pensional al que pertenece, por lo cual, no existe legitimación en la causa por pasiva para demandar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, el **Problema Jurídico** a resolver se reduce a establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por el demandante DIEGO CHARRIA JIMENEZ desde COLPENSIONES -RPMPD- a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.–RAIS-; en tal caso, determinar las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PROTECCIÓN S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-.

Análisis probatorio.

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

Solución al primer problema jurídico.

Dado que lo pretendido por el demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia del ISS a PROTECCIÓN se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las

implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento del señor DIEGO CHARRIA JIMENEZ para realizar el cambio advertido.

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

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

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

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

con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

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

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

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

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales,

los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

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

Caso concreto.

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

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

De tal manera se tiene que, el demandante DIEGO CHARRIA JIMENEZ ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el **02 de Septiembre de 1981**, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), Que el **20 de junio de 1995** realizó traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN, hecho que se acredita mediante el formulario visto a folio 22 del expediente, el cual fue suscrito por el demandante, dejándose plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que *"hago constar que la selección del redimen de Ahorro Individual con Solidaridad- lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. manifiesto que he elegido a la administradora de fondos de*

pensiones y cesantías PROTECCION S.A. para que administre mis aportes pensionales…", circunstancia que no demuestra la obligación de la AFP analizada en renglones anteriores, pues la información y la libre escogencia, no se trata de diligenciar un formato ni adherirse a una cláusula genérica, "*sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero". (ver sentencia SL19447-2017).*

Así las cosas, afirmaciones tales que señala el formulario de folio 22, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público.

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

Por otra parte, COLPENSIONES solicitó el análisis de la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral en Descongestión N.04 de la Corte Suprema de Justicia de radicado N.73952 SL1120 del 25 de marzo de 2020 M.P. Doctora Ana María Muñoz Segura, siendo necesario proceder a dicho estudio.

Con fundamento en lo anterior, la apoderada judicial de COLPENSIONES alegó "…*ante una clara falta de diligencia por años, por parte de la parte demandante, para realizar el traslado de régimen pensional, más aun, demuestra lo perjudicial y débil que es la postura actual de la jurisprudencia en este tema, pues la justicia puede verse engañada por inescrupulosos que bajo el mismo argumento trillado utilizado en todas las 4 de 5 demandas de esta índole, se liberen de la carga probatoria y su dicho sería suficiente para otorgarles un derecho pensional*".

Bajo estas circunstancias, se hace importante aclarar, que, respecto a la sentencia mencionada, la Corte Suprema de Justicia en ningún momento analizó de fondo el objeto de la litis "NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN", pues en dicha providencia, los temas estudiados en el recurso de casación se orientaron a los siguientes puntos:

1) El cumplimiento de las reglas previstas para resolver el recurso de casación de conformidad con los arts. 87, 90 y 91 establecidas en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, junto con lo reglado en la Ley 16 d e1969, dentro del marco del debido proceso judicial que señala el art. 29 de la Constitución Política de 1991.

2) Igualmente señaló la importancia de lo previsto en los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social,

Sobre los cuales, concluyo que, al no demostrarse los errores de hecho atribuidos al Tribunal, **NO ERA VIABLE** estudiar el recurso de CASACIÓN, pues en esa instancia únicamente son pruebas hábiles las indicadas en el art. 7º de la Ley 16 de 1969, "*en esa medida, las declaraciones extra-juicio acusadas en la censura como erróneamente apreciadas, no pueden fundar el error necesario para quebrar el fallo de segunda instancia*".

Así las cosas, en este caso no es posible asumir como PRECEDENTE VINCULANTE un pronunciamiento dado por jueces colegiados de otro Distrito Judicial, en primer lugar, porque la decisión no fue analizada de fondo por la Corte Suprema de Justicia y, en segundo lugar, porque los supuestos fácticos en la mencionada sentencia, en nada se asimilan a los alegados en este asunto, razón por la que, la petición de COLPENSIONES no prospera.

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

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

pasiva PROTECCIÓN.

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

Segundo problema jurídico- Montos a restituir

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

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

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

> Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.
>
> Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

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

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PROTECCIÓN S.A. las cosas deben retrotraerse, como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas.

Sin embargo, conforme al recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del demandante, respecto al extremo inicial del traslado, esto es, conforme al formulario suscrito por el demandante ante PROTECCIÓN S.A., visto a folio 22 del expediente (45 expediente digital), se hace necesario MODIFICAR los ORDINALES PRIMERO Y SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de, DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen realizada por el afiliado DIEGO CHARRIA JIMENEZ desde el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A, a partir del 20 de junio 1995, por lo que, se CONDENARÁ al fondo pensional PROTECCION SA., devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., los valores que hubiere recibido desde el 20 junio de 1995, y hasta cuando sea real y efectiva la entrega de recursos a

COLPENSIONES, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización.

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

VIII. D E C I S I Ó N D E L A S A L A

Por las motivaciones expuestas en esta providencia queda resuelto el problemas jurídico planteado en forma desfavorable a los recurrentes COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. y favorable al recurso de apelación interpuesto por el demandante, en consecuencia, se **MODIFICARÁ** los ORDINALES PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 30 de noviembre de 2020, en tal sentido, se DECLARARÁ la INEFICACIA del traslado de régimen realizada por el afiliado DIEGO CHARRIA JIMENEZ desde el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A, a partir del **20 de junio 1995**, por lo que, se CONDENARÁ al fondo pensional PROTECCION SA., devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., los valores que hubiere recibido desde el 20 junio de 1995, y hasta cuando sea real y efectiva la entrega de recursos a COLPENSIONES, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que

se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, como se dirá en la parte resolutiva de esta providencia.

Se **CONFIRMARÁ** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

Se condenará en costas de segunda instancia a LA AFP PROTECCIÓN S.A., y a COLPENSIONES por no haberles prosperado el recurso de alzada, fijando como agencias en derecho a su cargo, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS ($400.000.oo) para cada una y a favor del demandante DIEGO CHARRIA JIMENEZ, de conformidad con el art. 365 del C.G. del P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 emanado del CSJ Sala Administrativa.

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

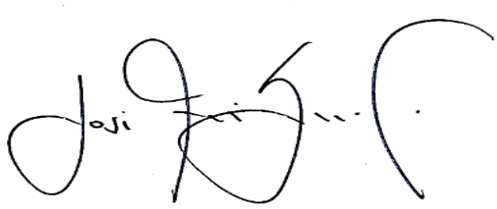
IX. RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de noviembre de 2020, **DECLARANDO** la INEFICACIA del traslado de régimen realizada por el afiliado DIEGO CHARRIA JIMENEZ desde el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A, a partir del **20 de junio 1995**, en consecuencia, **CONDENAR** al fondo pensional PROTECCION SA., devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., los valores que hubiere recibido desde el 20 junio de 1995, y hasta cuando sea real y efectiva la entrega de recursos a COLPENSIONES, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, como se dirá en la parte resolutiva de esta providencia.

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

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a LA AFP PROTECCIÓN S.A., y a COLPENSIONES por no haberles prosperado el recurso de alzada, y fijar como agencias en derecho a su cargo, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS ($400.000.oo), para cada una y a favor del demandante DIEGO CHARRIA JIMENEZ, de conformidad con el art. 365 del C.G. del P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 emanado del CSJ Sala Administrativa.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 060, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2021.

Secretario